

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

Contribution à l'Etude du Projet
Franco-Italien de Code des Obligations
et à son introduction en Roumanie
(Théorie des quasi contrats)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 8 Décembre, à 13 heures 30.

PAR

LOUIS STEUERMAN

PRÉSIDENT : M. DEMOGUE, Professeur.

SUFFRAGANTS : M. CASSIN, Professeur.

M. HAMEL, Professeur.



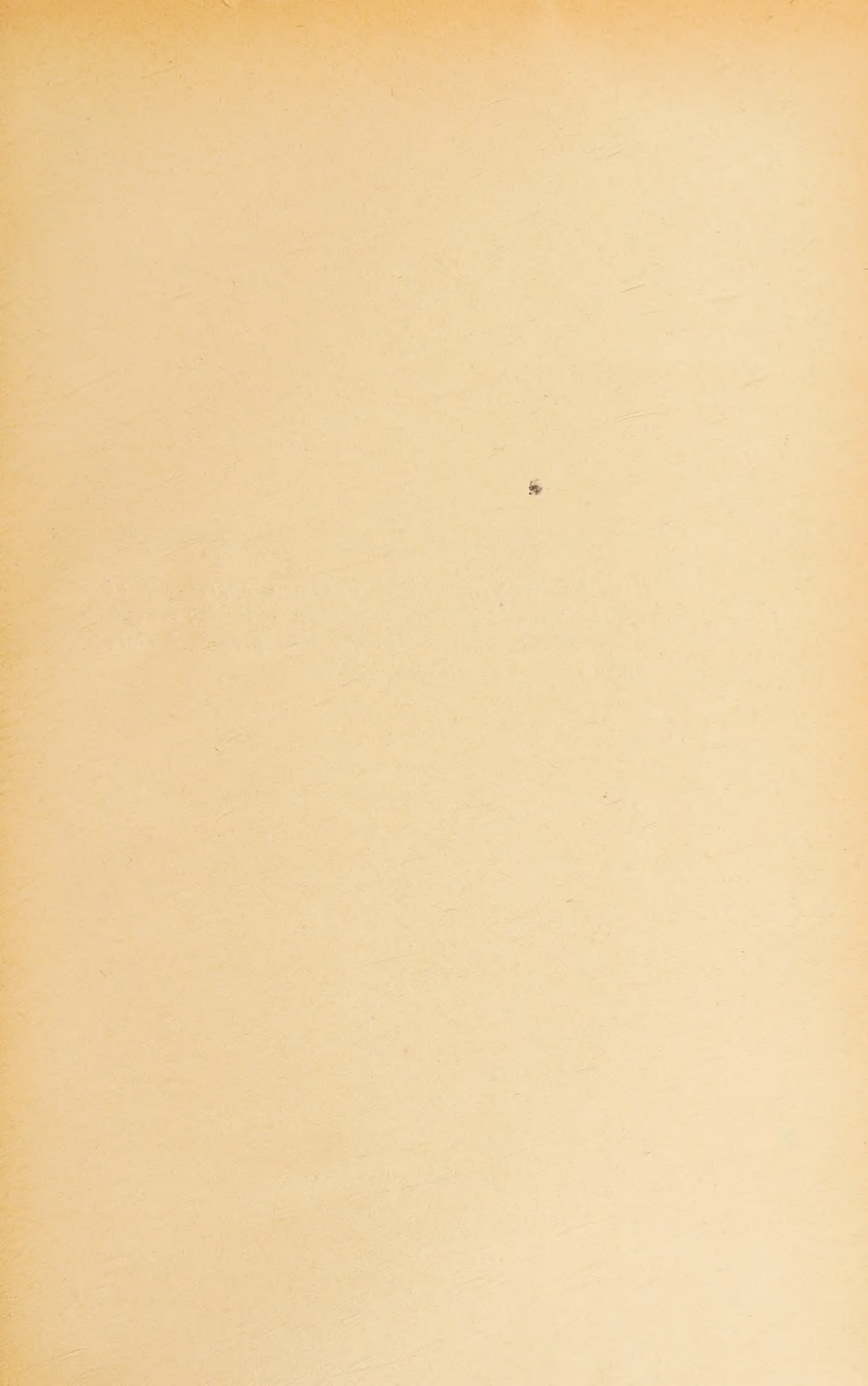
PARIS

LES ÉDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN

F. LOVITON & Cie

160, RUE SAINT-JACQUES

—
1933



La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Contribution à l'Etude du Projet Franco-Italien
de Code des Obligations
et à son introduction en Roumanie
(Théorie des quasi contrats)



Digitized by the Internet Archive
in 2026

A Son Excellence Monsieur Nicolas Titulesco

Si l'émotion sincère qui ennoblit les humains et les sentiments puissants qu'un cœur reconnaissant sait parfois éprouver pouvaient constituer la raison suprême et suffisante des manifestations les plus foncières de l'être humain, veuillez voir dans l'humble geste de vous dédier ce modeste travail, une pâle concrétisation d'un état d'âme qui ne saurait jamais être traduit.

Contribution à l'Etude du Projet
Franco-Italien de Code des Obligations
et à son introduction en Roumanie
(Théorie des quasi contrats)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 8 Décembre, à 13 heures 30.

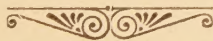
PAR

LOUIS STEUERMAN

PRÉSIDENT : M. DEMOGUE, Professeur.

SUFFRAGANTS : M. CASSIN, Professeur.

M. HAMEL, Professeur.



PARIS
LES ÉDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN
F. LOVITON & Cie

160, RUE SAINT-JACQUES

1933



La justice n'est pas une puissance extérieure à nous, prête à répondre à notre premier appel ; c'est une force qu'il dépend de nous de créer, de faire grandir en nous et autour de nous, par un patient apprentissage de la vertu suprême, de la sage modération, à quoi Zeus lui-même a dû d'avoir enfin établi la paix dans l'Olympe et donné aux hommes l'espoir d'un règne d'éternelle équité.

POLITIS N., Discours prononcé le 15 septembre 1930 devant la XI^e Assemblée de la Société des Nations.

La science juridique, suivant la voie du progrès, subit les influences du développement de toute technique scientifique.

Sur l'échelle de l'évolution juridique, le projet franco-italien sur les obligations apparaît comme un feu d'artifice resplendissant d'une lueur puissante.

Comme l'indique très nettement le rapport qui, accompagnant ce projet, le précède de quelques pages, les changements apportés par cette œuvre aux Codes civils français et italien ne touchent presque point aux principes fondamentaux de la matière des obligations. Il y a là en effet une matière qui exige plutôt des « améliorations de formes, quelques retouches dans les règles, l'abandon de quelques anciennes formules, une modernisation et un rajeunissement dans certaines parties avec un sens plus profond des nécessités sociales et une réglementation plus

complète de quelques institutions que nos vieux Codes ont laissées dans l'ombre » (1).

Guidés par des principes dictés par la raison pure, ne sachant « rien adopter par pur esprit d'imitation et rien rejeter par pur esprit d'aversion — soi-disant — nationaliste », les jurisconsultes les plus éminents des deux pays, consacrant tous leurs moments de loisir au travail qu'ils se sont délibérément imposé, ont réussi à faire une œuvre d'ensemble vraiment utile.

Puisant ses sources dans le droit romain, le projet franco-italien sur les obligations apparaît comme le ciment fondamental du droit moderne, de ce droit, surtout, qui se trouve être presque le même pour les nombreux pays liés par le trait commun de la latinité.

C'est pourquoi nous estimons utile d'introduire ce projet dans le droit romain, établissant ainsi une plus parfaite communauté d'ensemble entre des pays liés déjà étroitement par le fonctionnement et le développement de ce qu'on appelle la *comunitas gentium*.

La tâche que nous assumons est doublement difficile. D'abord, parce que, pour ajuster le droit roumain aux exigences modernes de la science juridique, il faudrait qu'on soit en face de deux législations qui se différencient par certains points et se rapprochent par beaucoup d'autres. Il faudrait voir comment on peut agir, quelle est la meilleure voie qui puisse nous conduire à la réalisation de notre dessein, à l'introduction — en grande partie — par la voie de l'emprunt de tout un système législatif d'un pays déterminé dans un autre pays et, par conséquent, à

(1) Rapport sur le projet d'un Code des obligations et des contrats commun à la France et à l'Italie, p. 18.

l'unification du droit ou d'une partie du droit entre ces pays.

Mais nous sommes en Roumanie en présence d'une foule de législations différentes, de législations afférent aux divers territoires qui composent l'Etat roumain d'après guerre.

De sorte que, entre les frontières roumaines, la matière des obligations et des contrats est réglée aujourd'hui, d'une part, par une législation écrite — c'est la partie ayant trait au Code civil de l'ancien Royaume, étendu en 1928 en Bessarabie, — d'autre part, par le Code civil autrichien de 1811, en vigueur en Bucovine, avec les modifications qui lui ont été successivement apportées jusqu'en 1918, et enfin, dans une grande portion de la Transylvanie, par le droit hongrois, en vigueur encore dans la partie qui est revenue à la Roumanie de l'ancien Banat de Timisoara.

C'est ainsi qu'à l'intérieur même de la Roumanie, on trouve parfois des divergences flagrantes entre les législations, suivant qu'on se place en Transylvanie, où l'on est en présence de la législation hongroise — du moins en grande partie — et par conséquent d'une législation purement coutumière, en Bucovine, où l'on voit encore subsister les traits dominants de la législation autrichienne — et par conséquent d'une législation essentiellement objective, — en Bessarabie, où la législation est dominée par une influence slave, ou dans le vieux royaume, où règne une législation parfaitement subjective.

De sorte que, pour faire œuvre vraiment utile, il faudrait, avant et surtout, trouver un lien commun entre toutes ces différentes législations ; il faudrait chercher les meilleures décisions quant au fond et quant à la forme,

c'est-à-dire qu'il faudrait calquer les législations des territoires annexés sur l'œuvre législative du vieux royaume, parce que celle-ci est plus à même de répondre aux besoins permanents de l'Etat roumain.

Par ailleurs — comme nous venons de le dire — le Code civil du vieux royaume a été étendu, dans sa forme actuelle, en Bessarabie par une loi de 1928, tout en gardant les normes du droit russe concernant la capacité de la femme mariée, la recherche de la paternité illégitime, les droits successoraux du conjoint survivant ainsi que les droits successoraux des enfants naturels et de leurs parents.

La Bucovine est restée sous l'empire du Code civil autrichien modernisé par les actes impériaux du 12 octobre 1912, du 22 juillet 1915 et du 19 mars 1916.

La Transylvanie est soumise — en faible partie — au même Code. Seulement, si les actes impériaux ne sont pas en vigueur, le Code a subi de nombreuses modifications dues aux lois concernant le mariage, la tutelle, la curatelle, les absents et les testaments.

Enfin — comme on l'a déjà remarqué — certaines régions du Banat et de la partie occidentale de la Transylvanie sont encore soumises aux dispositions du droit hongrois.

Naturellement, il s'agit là d'une situation qui ne peut pas durer. D'abord, parce que l'union politique de tous les roumains dans un seul Etat national doit être exprimée dans l'ordre du droit par l'unification législative (1). Le principe de la souveraineté nationale impose cette unification législative, exigée d'ailleurs par des intérêts

(1) Voir *l'Avant-projet du Code civil*, t. I, p. VI.

politiques, moraux, juridiques et d'ordre culturel (1).

En effet, on ne peut pas concevoir logiquement qu'un pays uni au point de vue politique soit soumis à des législations divergentes dans les diverses parties de son territoire.

Moralement, il y a de gros inconvénients à maintenir les législations étrangères dans les provinces annexées. Les citoyens de ces provinces, tout en attendant l'unification législative, se sont habitués petit à petit à l'idée que les lois existantes ne sont pas bonnes ; d'ici une sorte de méfiance à l'égard de ces lois.

De même, la différence de législation à l'intérieur d'un même pays fait naître de très nombreux conflits de lois, qu'on se place en droit civil, pénal ou commercial et généralement en droit privé. Tout cela sans parler des difficultés qui surgissent tout le temps en ce qui concerne la pratique juridique, l'exercice de la profession de magistrat ou d'avocat.

Enfin, on doit ajouter qu'au point de vue culturel et national, une législation unique détermine des actions d'ordre moral et intellectuel en vue d'un idéal commun ; elle crée des idées et fait naître des sentiments qui, — par leur analogie — conduisent fatalement à l'unité d'âme.

En second lieu, on ne peut pas parler d'une unification internationale de l'ensemble ou d'une partie du droit — quelque désirable qu'elle fût — avant qu'une unification nationale, une unification à l'intérieur d'un pays ayant une pluralité de législations, ne soit accomplie.

D'ailleurs les travaux d'unification du droit à l'inté-

(1) Vasilescu P. : *Unificarea legislativă*. Communication faite à l'Institut social roumain, section juridique (séance du 15 avril 1925).

rieur de la Roumanie ont commencé déjà en 1920, lorsque le fardeau de cette entreprise législative a été confié à une commission composée uniquement de grands magistrats, de professeurs et d'avocats renommés, — commission dont les conclusions étaient en faveur d'une unification par révision. Les travaux de cette commission, supprimée en Février 1925, furent continués par le Conseil législatif roumain.

Et c'est ainsi que — sachant se laisser guider uniquement par des principes solidement assis dans leur pensée juridique, étrangers à tout orgueil national — par ailleurs déplacé, — ayant été en face d'une quantité de législations également importées, — pensant qu'une unification doit être en même temps une bonne occasion pour renouveler un système législatif désuet, les membres du Conseil législatif roumain, soumettant aux critiques de l'opinion publique l'Avant-projet du Code civil de tous les Roumains, ont fait réellement une œuvre de grande utilité pratique.

Il ne s'agit d'ailleurs, pour l'instant, que d'un commencement, car ce n'est qu'un premier tome de cet avant-projet, concernant le titre préliminaire et les deux premiers livres relatifs aux personnes et à la famille, qui vient de paraître. Mais justement parce qu'il s'agit d'un commencement se référant à une entreprise sensiblement délicate, nous pouvons espérer qu'on continuera sur la voie où l'on s'est engagé et que, d'ici peu, le vœu général sera concrétisé par l'apparition d'une loi unique pour tous les Roumains.

Par ailleurs, nous ne pouvons pas passer sous silence les innombrables difficultés que les rédacteurs de cet avant-projet ont eu à surmonter.

Si, en effet, — comme on le remarque justement dans l'exposé des motifs de ce premier tome de l'avant-projet, — toute unification présente généralement des difficultés parce qu'il s'agit en même temps d'une révision qui — loin d'être la confirmation du droit existant, — comporte avant tout sa réforme, son adaptation aux nécessités toujours changeantes de la réalité pratique, l'unification du droit en Roumanie se présente comme particulièrement difficile. Car si, presque dans tous les pays à législations multiples, une codification est avant tout une synthèse de ces législations locales issues de l'esprit d'un même peuple, et dès lors présentant des solutions ayant une certaine parenté entre elles, en Roumanie — par contre — on rencontre les grands courants juridiques de tout le continent européen. On a le courant juridique français représenté par le Code du vieux royaume qui n'est qu'une copie fidèle du Code Napoléon de 1804. On rencontre ensuite le courant juridique allemand dont l'influence puissante se fait sentir dans la législation hongroise et aussi dans la législation autrichienne. Il y a aussi une certaine prédominance du Code russe et des conceptions slaves qui constituent sa base dans la Bessarabie. Enfin, dans le territoire qui constitue le Dobroudja, on applique aux habitants de religion musulmane le Coran.

On peut dès lors facilement se rendre compte de la difficulté de la tâche de ceux qui étaient chargés d'entreprendre l'œuvre d'unification législative ; car, en présence de conceptions juridiques tellement différentes qui s'entrecroisent sur le territoire roumain, il faut savoir — lorsqu'on veut soumettre tout un peuple à une seule et même loi, — comment concilier toutes ces conceptions entre elles et surtout quelle est entre toutes celle qui, corres-

pondant le plus aux traditions et aux aspirations de la majorité de la population roumaine, étant plus ancrée dans son esprit, doit finalement l'emporter.

Comme, d'une part, un Code unifié devait traduire pour le mieux le spécifique roumain, comme, d'autre part, il devait consacrer autant que possible les solutions admises par la plupart des grands Codes occidentaux pour ne point rester en dehors du courant d'internationalisation du droit privé, — idée toute de bon sens, mise en valeur par l'exposé des motifs de l'avant-projet, — la commission s'est décidée à adopter comme fondement de ses travaux le Code civil du vieux royaume, parce que — comme on l'a déjà dit — ce Code est la copie fidèle du Code français de 1804 et que, bien entendu, les changements que l'évolution sociale d'aujourd'hui exigent pour l'œuvre législative napoléonienne seront demandés avec la même acuité en Roumanie.

En outre, la législation civile du vieux royaume s'applique à la majorité du peuple et elle a été dès le commencement librement choisie.

Mais si généralement on a donné pour base à l'unification législative roumaine le Code civil de l'ancien royaume, comme le nouveau Code unifié doit être avant tout une œuvre de progrès social, on ne s'est pas attaché obstinément à ce Code de l'ancien royaume qui — encore une fois, — n'a été qu'un guide, une norme de travail, un point de départ. Du reste, on a puisé ailleurs les dispositions législatives qui — par leur supériorité nette, — marquaient un progrès réel et méritaient dès lors cette préférence qu'on leur a accordée. On a tenu également compte — exactement comme l'ont fait les auteurs du projet franco-italien sur les obligations — de tout le mou-

vement jurisprudentiel qui s'est produit depuis la rédaction du Code roumain de 1865 et de toutes les critiques réfléchies qui lui ont été apportées, soit quant au fond même des matières, soit quant à la façon dont elles sont éparses, c'est-à-dire quant au plan de ce Code.

Tel est le stade de l'unification législative en Roumanie. Comme il est aisé de remarquer, il ne s'agit pour le moment que d'un essai, d'un humble commencement, et il reste encore des grandes étapes à franchir. En tout cas, pour qu'on puisse parler d'une unification du droit privé entre les pays latins, il faudrait — quant à la Roumanie, unifier parfaitement bien les nombreuses législations qui — malheureusement — coexistent encore. Naturellement, il y a toute une série d'hypothèses qui se posent à cette occasion, tout un problème qui fait surgir les discussions les plus âpres et les controverses les plus ardentes, soit en ce qui concerne les modalités de trouver les solutions législatives les plus appropriées, soit en ce qui concerne les modes d'application de ces solutions.

Mais cela dépasserait de beaucoup le champ de travail — par trop étroit — que la durée de nos études, nécessairement limitée, met à notre disposition.

Dans le travail d'unification en Roumanie, nous nous contentons de tracer uniquement la ligne directrice qu'on devrait suivre et que, d'ailleurs, le Conseil législatif s'est fixée délibérément comme norme de conduite.

C'est — répétons-le, — suivre les traits dominants de la législation du vieux royaume qui a reproduit avec peu d'exceptions les dispositions du Code Napoléon (1). Il est vrai que le Code autrichien, dont l'élaboration est anté-

(1) Voir le projet de loi déposé à l'Assemblée des Députés en 1930 par M. Iunian, garde des Sceaux.

rieure au Code Napoléon et qui a reçu sa forme définitive en 1810, en subissant l'influence de ce dernier, est entré en vigueur dans le Banat de Timisoara le 1^{er} mai 1853 et en Transylvanie le 1^{er} septembre 1853. Seulement, dès 1861, il a cessé d'être appliqué dans les territoires où domine aujourd'hui le droit privé hongrois.

De sorte que l'on peut dire qu'uniquement dans le vieux royaume on est en présence, de façon continue, des traits de cette législation latine qui domine et le droit français des obligations et le droit italien des obligations.

En tout cas, le problème dont nous essayons modestement de tracer le schéma ne trouve sa raison d'être qu'après qu'un autre problème d'importance non moins grande aura trouvé sa pleine solution par un ensemble de mesures pratiques ; nous entendons le problème de l'unification législative complète et définitive entre les quatre grands territoires qui composent la Roumanie d'aujourd'hui.

Ce n'est qu'alors, et alors seulement, qu'on pourra songer à la nécessité qu'il y a d'unifier des législations qui puissent leur existence et leur raison d'être dans le droit romain et dont le trait caractéristique et commun est la latinité. Unifier le droit privé entre les nations sœurs et amies, c'est resserrer plus encore et à tout jamais les liens sacrés et indissolubles qui les unissent les unes aux autres par les plus étroites attaches de leur cœur, de leur âme et de leur esprit.

La seconde difficulté que notre sujet — tel que nous l'avons énoncé, — pose dès le premier abord, est sa variété, son extraordinaire champ d'application et sa grandeur

tant du point de vue « importance » que du point de vue « contenu » ou plutôt « étendue ».

Dans une thèse soutenue à la faculté de droit de Paris en 1932, M. Viforeanu a examiné le projet franco-italien sur les obligations de façon analytique (1). Il a étudié le contrat en tant que source des obligations. Mais, justement à cause de l'analyse, il aboutit seulement dans son livre à étudier et à donner, d'après le projet franco-italien, et comparant ce projet avec le droit moderne — doctrine et jurisprudence — des pays civilisés, une notion générale de ce qu'est le contrat, de la formation des contrats, de leur classification et des éléments d'existence et de validité de ces contrats.

Il s'arrête justement à la partie — d'après nous la plus importante, puisque la plus pratique, — des effets des contrats, effets *inter partes* et effets *erga omnes*.

Il conviendrait naturellement d'étudier très bien cette question et de voir en quoi diffèrent et comment on pourrait rapprocher les dispositions du projet de Code franco-italien et le droit roumain.

Nous ne suivrons pas cette voie parce que — d'abord — ce serait empiéter sur les droits en quelque sorte acquis par M. Viforeanu de mener jusqu'au bout la tâche dont il s'est chargé et par le commencement de l'étude du contrat en général et par la promesse qu'il fait de terminer son travail en faisant apparaître un second tome sur les effets du contrat (2).

Ensuite, nous ne suivrons pas cette voie parce qu'il rentre surtout dans nos projets de faire une étude synthé-

(1) Viforeanu C. Pierre, *Contribution à l'étude du contrat dans le projet franco-italien et en droit comparé*. Thèse, Paris, 1932.

(2) Viforeanu, opus cité, p. 7.

tique du problème et non pas d'étudier le projet franco-italien sur les obligations article par article, étude très intéressante, mais trop étendue pour pouvoir la faire consciencieusement dans le laps de temps que la médiocrité de nos possibilités de réalisation nous offre.

Dès lors, s'il paraît impossible d'envisager l'une après l'autre toutes les dispositions du projet franco-italien, on peut se demander alors comment on pourrait étudier le mieux ce problème pour en faire ressortir l'importance, comment envisager d'un côté le projet franco-italien, d'un autre côté le droit roumain, pour mettre en relief la supériorité — disons-le dès le commencement, — surtout technique et de pure forme du projet franco-italien, pour en faire jaillir les idées maîtresses qui le dominent et qui devraient constituer le fondement de la science juridique moderne de tous les pays latins.

Une première façon de concevoir notre étude serait de faire un examen approfondi de chacune des institutions juridiques qui composent le droit des obligations, — examen de doctrine et de jurisprudence en droit roumain, examen du projet franco-italien ensuite. Mais — croyons-nous, — ce serait là une manière de considérer le problème, manière réfractaire au bon sens ainsi qu'à la logique juridique. Car on n'arrivera jamais à examiner complètement tout ce que la science des obligations recèle de grandiose.

Une autre façon d'étudier la question serait d'en examiner les points essentiels, les parties lesquelles — selon nous, — seraient les plus importantes tant au point de vue pratique qu'au point de vue de la technique juridique. Seulement, pareille étude donnerait lieu — et à juste titre — aux critiques les plus aiguës, car il faudrait fournir avant tout un grand labeur de discernement, — tra-

vail essentiellement subjectif, il faudrait faire œuvre de discrimination.

Il nous paraît utile alors de travailler selon une troisième méthode, suggérée d'ailleurs par notre très honoré maître et président de thèse, M. Demogue.

C'est — nous pourrions le dire, — la double méthode de l'induction premièrement, de la déduction ensuite.

Méthode de l'induction parce que nous allons passer dans une partie de notre travail de certaines propositions données à des propositions qui les impliquent.

Nous emploierons, selon Bacon, le procédé essentiel de la méthode expérimentale.

Nous utiliserons — conformément aux conceptions de Stuart Mill — une méthode des concordances, où l'on se sert de la présence constante des faits à relier, en contraste avec les variations de toutes les autres circonstances, et méthode des différences, où les circonstances étant aussi semblables que possible, on suit l'apparition et la disparition des faits à relier.

Nous prendrons par conséquent uniquement une des parties de la matière des obligations et — quoique encore synthétiquement — nous l'étudierons de façon plus détaillée.

Parmi les problèmes les plus importants qui surgissent dès qu'on parle de la question des obligations, on peut mentionner dès le premier abord trois problèmes sur lesquels notre attention doit être surtout concentrée. Ce sont les problèmes des sources des obligations, des effets des obligations et de leur extinction.

En ce qui concerne les sources des obligations, nous venons de dire qu'il y a une étude toute récente relativement au contrat. Resteront donc, en dehors de

nos études, les sources contractuelles des obligations.

Ayant à choisir entre les autres problèmes, il nous a paru faire œuvre utile en jetant un court aperçu sur la question des sources extra-contractuelles, d'abord parce qu'elle est extrêmement importante par la variété des problèmes qu'elle soulève, ensuite parce que notre élan a été nourri par le plein consentement au sujet que notre président a bien voulu nous donner.

Nous envisagerons donc, dans notre travail, les sources extra-contractuelles des obligations.

Seulement la question est vraiment trop grande pour être utilement étudiée dans un seul ouvrage. Nous nous contenterons donc, après avoir examiné quelles sont en général les sources extra-contractuelles, de développer le problème du quasi-contrat.

Par ailleurs, nous avons porté notre choix à dessein sur cette source des obligations parce que le projet franco-italien sur les obligations est totalement muet à ce sujet et que nous considérons cette abstention comme un tort assez grave.

Comme, d'une part, la doctrine est extrêmement variée dans cette partie — la plus pratique — du droit, comme, d'autre part, la jurisprudence ne l'est pas moins, notre thèse ne portera que sur l'œuvre doctrinale qui est — en somme — le fondement de la jurisprudence. Et très rarement, quand nous toucherons aux points névralgiques, aux points sensibles — parce que sujets aux critiques les plus vives, — nous donnerons acte, sans commentaire, des décisions jurisprudentielles.

Pour l'étude même de ces sources extra-contractuelles, les méthodes qu'on pourrait employer sont encore très nombreuses.

En effet, parmi ces différentes méthodes, il y en a au moins deux qui méritent d'être examinées en quelques mots.

Ce sont les deux méthodes envisagées par M. Lambert dans son *Rapport au congrès de droit comparé* tenu à Paris en 1900.

C'est d'abord la voie qu'on pourrait suivre en tant que comparatiste historien. Il faudrait alors que notre vue s'étende sur toutes les législations vivantes ou mortes. Notre grand souci serait d'intégrer chacun des systèmes juridiques dans l'un des échelons de l'évolution générale de l'humanité ou de fixer sa place naturelle dans la classification des droits, de dégager les lignes directrices, la structure générale, le squelette en quelque sorte de chacun des systèmes juridiques.

C'est ensuite le travail qu'on peut fournir en tant que comparatiste juriste. Dans ce cas, l'horizon nous serait infiniment plus borné. Utilisant cette voie, le comparatiste juriste poursuivra des résultats pratiques immédiats ; il entreprendra une étude beaucoup plus détaillée, plus analytique, non plus de toutes les législations, mais seulement des systèmes juridiques qu'il a pour mission de rapprocher. Sans s'attarder, comme le fait souvent l'interprète du droit interne, aux controverses secondaires, aux questions de pure réglementation, le comparatiste juriste parcourra — l'un après l'autre — le même problème, mais en examinant successivement les solutions qui lui ont été données dans chacune des législations comparées. Car il ne faut pas perdre de vue que ces solutions ne prennent leur sens et leur physionomie véritable que quand on les replace dans l'ensemble de la législation dont elles font partie. Si une solution donnée à tel pro-

blème particulier en un pays déterminé est la conséquence nécessaire de la construction juridique d'une institution générale telle que l'interprète la dégage de l'analyse des conceptions juridiques solidement enracinées dans la conscience nationale du pays, l'œuvre d'unification législative entre ce pays et beaucoup d'autres est très difficile.

Si — au contraire, — la solution d'un problème particulier n'apparaît que comme le résultat d'une appréciation plus ou moins arbitraire de la part du législateur des convenances de la pratique, le rapprochement entre telle législation et les législations divergentes sera beaucoup plus facile. C'est pourquoi nous envisagerons notre sujet suivant la seconde méthode qui — d'après nous, — a le grand mérite de répondre aux doubles exigences d'une œuvre de vulgarisation juridique, à savoir la simplicité et la clarté.

Et justement, toujours soucieux de cette clarté indispensable à une œuvre juridique, si, au cours de notre étude sur les sources extra-contractuelles, faisant appel aux opinions des juristes les plus qualifiés, il nous paraîtra utile de citer *in extenso* certains passages de leurs œuvres et de donner par là même plus de précision à notre développement, nous le ferons sans hésiter. Car — comme le disait M. Goublet presque trente ans plus tôt, — lorsqu'une chose bien pensée est bien dite, s'il n'y a pas de gloire à la reproduire, il y en a moins encore à la déformer (1).

Pour l'étude même des sources extra-contractuelles, nous devrions voir chaque institution qui s'englobe dans cette matière, d'abord dans la doctrine roumaine et suc-

(1) Goublet G., *La notion du quasi-contrat, classification rationnelle des sources d'obligations*. Thèse, Paris, 1904, p. 2.

cessivement dans la doctrine française, autant que possible dans la doctrine italienne et dans le projet franco-italien. Seulement, si on tâchait d'étudier ainsi chaque question, quoique nous nous soyons limité aux sources extra-contractuelles, notre travail serait interminable. Il suffit de penser à la littérature juridique si abondante qui porte sur les quasi-contrats, sur les délits et surtout sur la matière de la responsabilité.

C'est pourquoi nous devons nous contenter de jeter un coup d'œil uniquement sur les innovations du projet franco-italien portant sur les matières qu'on englobe d'habitude sous la rubrique des quasi-contrats, de les prendre en considération et — voyant quelle est à peu près la doctrine qui s'est formée relativement à ces matières en France et aussi en Roumanie, — examiner les changements apportés par le projet franco-italien sur les obligations.

De cette façon, sachant quelle est la conception doctrinale qui a gagné du terrain et aussi quelle est la base de chaque institution dans le projet de Code franco-italien, nous pourrions tirer les conséquences qui résulteraient de l'adoption dudit projet en Roumanie, adoption qui serait calquée et emprunterait bien entendu les traits caractéristiques de la législation du pays.

Agissant de cette façon, c'est-à-dire convaincus que pour démontrer les changements que le nouveau projet a apportés, il faut donner un état assez détaillé de la doctrine, il est tout naturel, — croyons-nous, — de développer cette pensée doctrinale, et il est normal qu'elle occupe la place prédominante dans notre thèse qui porte sur l'introduction du projet franco-italien en Roumanie. Nous insistons là-dessus pour nous mettre à l'abri des

critiques qu'on pourrait nous adresser et qui auraient trait justement à ce point, c'est-à-dire au fait de ne pas trouver continuellement, en parcourant cette thèse, les indications du projet. Ce n'est pas là une erreur qui soit due à une certaine inobservance ou à un oubli ; c'est — répétons-le encore une fois — notre façon d'envisager le plan de cette thèse et de faire une place plus saillante aux quelques dispositions innovatrices du projet.

En ce qui concerne la doctrine roumaine, nous ferons appel uniquement aux jurisconsultes dont l'autorité a passé les limites de la frontière roumaine et nous prendrons pour base l'œuvre doctrinale du vieux royaume, où le législateur et le jurisconsulte ont été continuellement liés à l'esprit et à la véritable pensée juridique roumaine. Quant aux territoires annexés, ils subissent encore — comme on l'a déjà dit — en grande partie les influences de certaines dominations étrangères, de sorte que l'œuvre doctrinale diffère parfois beaucoup de l'œuvre de l'ancien royaume. C'est pourquoi nous ne ferons que citer les divergences qui règnent et les différentes manières de concevoir les institutions juridiques, quand ces différences sont véritablement essentielles. Espérons qu'un jour viendra où les nouveaux territoires adopteront l'œuvre doctrinale de l'ancien royaume, celle-là même revue et mise à jour sur le pied d'égalité avec la technique juridique moderne des autres pays latins.

Voyant la nécessité qu'il y a, soit pour la modernisation, soit pour l'unification du droit privé en général, d'établir un système commun concernant les sources des obligations entre tous les pays d'origine latine, nous allons

employer dans la conclusion de notre thèse la méthode de la déduction.

Nous allons donner libre cours aux mouvements intérieurs de la pensée qui vont d'une idée à une autre idée.

Le passage d'un genre à une idée plus spéciale, d'un genre à un autre genre et surtout d'une espèce à un genre, nous apparaîtra comme le chemin naturel de nos desseins. Nous allons voir — comme les anciens et comme les scolastiques, — que les idées s'impliquent ou s'excluent les unes les autres. C'est la forme que nous trouverons et qui nous guidera dans la pensée juridique aussi bien que dans la pensée morale. Prenant comme fondement la possibilité qu'il y a d'unir juridiquement les nations sœurs et amies par l'unification d'une partie de la matière des obligations, nous démontrerons l'avantage de l'extension du système à tout le problème des obligations ; car, s'il y a bien une partie du droit privé qui présente dans les différents Codes civils actuellement en vigueur une ressemblance assez accentuée, c'est — comme le remarque très justement M. Capitant — celle qui a pour objet les contrats et les obligations. Cette ressemblance, qui tient tant à la persistance de la tradition romaine qu'aux nécessités du commerce juridique, a tracé dans la matière des obligations un fonds commun législatif qui se retrouve dans tous les Codes et même dans celui des Républiques soviétiques (1).

« Il y a toute une partie des Codes européens et américains, formant un tout bien cohérent, dont les parties se relient logiquement les unes aux autres, où l'unification

(1) Capitant, Un projet de Code international des obligations et des contrats (dans le *Bulletin de la Société de législation comparée roumaine* (Bucarest, 1930, p. 6).

peut être introduite. Elle peut l'être, parce qu'aucun obstacle tiré de l'histoire, des mœurs, de la politique, de la religion ne s'y oppose. Ce sont les parties du Code civil, du Code de commerce et des lois qui les modifient ou les complètent, qui concernent les relations pécuniaires contractuelles entre les hommes. Que ces hommes soient des habitants du même pays ou de pays différents, une législation uniforme peut être sans inconvénient établie pour ces relations (1).

Faisant apparaître ainsi en pleine lumière la nécessité qu'il y a d'unifier des parties de législations qui présentent entre elles des affinités organiques, nous montrerons par là même le besoin de réviser les Codes, de les mettre en concordance avec les exigences de l'évolution et, signalant les tâtonnements qu'on a faits en matière d'unification en général, nous aboutirons à établir la grande utilité qu'il y aurait d'introduire le projet franco-italien en Roumanie, après qu'on l'aura soumis à quelques observations critiques.

Nous verrons par là même aussi la possibilité et aussi l'immense utilité d'une unification internationale du droit privé.

Car, comme le remarque M. Larnaude, le droit privé est celui où l'unification est le plus facile à établir. Dans les pays de civilisation européenne et même américaine, ce sont les mêmes questions, les mêmes problèmes, mettant en jeu les mêmes principes, qu'il s'agit de résoudre. Et dès lors, l'identité de l'objet doit appeler une réglementation semblable (2).

(1) Larnaude F., *Rapport à Monsieur le Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, sur l'unification législative entre la France et l'Italie*, p. 68.

(2) Larnande, *op. cit.*, p. 61.

Unifiant ainsi le droit des obligations d'abord, le droit dans son ensemble ensuite, nous allons donner une puissante et inébranlable base à la science du droit et aussi à la technique juridique qui sera alors réellement ce que M. Titulesco appelle la manière dont la conscience humaine saisit les phénomènes juridiques externes et cherche à les comprendre (1).

Introduire le projet franco-italien sur les obligations en Roumanie, c'est laisser — par une parfaite compréhension, — libre jeu aux phénomènes faisant l'objet de la science juridique, phénomènes qui changent et doivent changer avec la marche du droit.

Unifiant le droit privé des nations sœurs et amies, nous allons faire un pas de plus dans cette œuvre grandiose que constitue la conservation et l'embellissement d'un patrimoine spirituel commun, le patrimoine latin. L'unité du droit entre des pays ayant un même héritage spirituel couronnera nécessairement l'unité civile et morale des peuples latins.

Reprenant les paroles si éloquentes de M. Scialoja (2), nous devons à notre tour — tous ceux qui sommes convaincus de la valeur du progrès acquis par le triomphe des idées de paix et de justice, — continuer l'œuvre qu'il a entreprise.

Nous allons par là même sauvegarder l'héritage spirituel qui nous a été transmis ; nous allons le vivifier en rétablissant sa majesté là où la dure épreuve des siècles paraît l'avoir atteinte ; nous allons l'armer par des défen-

(1) Titulesco N., *Essai sur une théorie générale des droits éventuels*. Thèse, Paris, 1907, préface.

(2) Scialoja Vittorio, L'entente juridique entre la France et l'Italie, discours paru dans la *Revue internationale de l'enseignement* de 1918, p. 171 et suiv.

ses inédites et plus foncières, afin qu'il sorte victorieux de la crise qui l'envahit et qu'il devienne plus à même de vaincre les difficultés de l'avenir, de ne jamais succomber à leur fardeau.

L'unité du droit privé des pays latins constituera en outre le prélude de la grande unification internationale du droit privé. Elle sera un des multiples aspects par où se manifesterà l'unification générale — *lato sensu*.

Et alors, comme jusqu'ici, malgré son grand développement, le monde n'a pas encore réussi dans la tâche fort raffinée qu'est celle de savoir forger des lois civiles qui soient en parfaite concordance avec les modes de vivre qu'il s'est créés lui-même, comme il n'a pas abouti à créer des lois suffisamment souples pour qu'elles coïncident avec les modes de pensée que la diffusion universelle d'un esprit organisé impose à tous les humains, l'unification générale du droit sera un levier de plus dans l'évolution progressive de la société de demain.

Lente, souvent pénible, d'autant plus précieuse que plus difficilement acquise, préservant ce qui lui semble essentiel dans ce qui fut, faisant table rase de tout le reste, démolissant — soit en le réfutant, soit en le modifiant — un état de choses par trop vieilli, faisant apparaître un système inédit pour le nouvel univers humain, l'unification internationale du droit, universellement acquise, sera une des conquêtes les plus glorieuses que puisse faire la conscience morale de l'époque.

DIVISION DES SOURCES EXTRA-CONTRACTUELLES

L'obligation, définie par les *Institutes* de Justinien comme le lien de droit qui nous astreint à la nécessité de payer quelque chose conformément au droit de notre cité — *vinculum juris, quo necessitate astringimur alicujus solvendæ rei secundum nostræ civitatis jura*, — définition reprise et maintenue depuis lors à peu de différences près par les nombreux commentateurs du droit civil, a plusieurs sources déterminant ainsi son existence.

Avec des divergences presque imperceptibles, ces sources restent les mêmes depuis le droit romain et jusqu'à nos jours. Car, en effet, la théorie des obligations est celle que les Romains ont menée au plus haut point de perfection. C'est qu'elle fut l'œuvre de la raison même des jurisconsultes, qui — interprètes judicieux de la volonté des parties — s'appliquèrent à en développer les principes avec la finesse d'analyse qui était leur qualité propre (1). Grâce à leur influence, les règles des obligations, soustraites de bonne heure au formalisme primitif, s'élargirent au point qu'elles ont fini par constituer un fonds commun applicable à des peuples de mœurs et de civilisations différentes. C'est ainsi que, malgré la place importante que la théorie des obligations occupe dans le droit,

(1) Petit, *Traité élémentaire de Droit romain*.

les législations modernes ont pu accepter cette théorie dans ses éléments essentiels, telle que les Romains l'avaient conçue.

En effet, la plupart des articles du Code civil français, et par conséquent en même temps du Code civil roumain sur cette matière, puisent leur existence au *Traité des obligations* de Pothier qui reproduit presque continuellement la théorie romaine. Car — comme l'a fort justement remarqué M. Scialoja — l'ère des Codes qui caractérise le XIX^e siècle et le commencement du XX^e, ne signifie pas la négation du droit romain. Celui-ci reste toujours le fondement des obligations. Avant comme après les codifications, le fondement de la matière reste le même. C'est plutôt la forme qui subit continuellement des changements (1).

Pour avoir donc une idée complète de ce que sont actuellement les sources extra-contractuelles des obligations, il faut commencer par voir — ne fût-ce que très sommairement — ces sources dans le droit romain. Sachant quelles sont ces sources chez les Romains, qu'elles sont dans la doctrine moderne, on pourra facilement voir s'il y a des différences dans le projet franco-italien.

Selon Savigny (2), la source des obligations nous apparaît sous deux formes différentes, soit comme source première, soit comme transformation (métamorphose) ; dans ce dernier cas, on suppose la persistance — sous une forme modifiée, — d'une seule et même obligation.

Quant à la source première, il est intéressant de voir la divergence d'opinions qui sépare les jurisconsultes romains. Quelquefois il est dit qu'il n'y a que deux sources d'obli-

(1) Scialoja, *article cité*.

(2) Savigny, *Le Droit des obligations*, t. II, p. 135. Paris, 1863.

gations : la convention et le délit, de sorte que les obligations dériveraient forcément de l'une d'elles.

Dans beaucoup de textes, au contraire, on ajoute deux autres sources. Il peut en effet y avoir des obligations qui naissent non *proprie ex contractu*, mais bien *quasi ex contractu* et des obligations qui naissent non *proprie ex delicto*, mais bien *quasi ex delicto* ou *quasi ex maleficio*.

On pourrait induire par conséquent de la première terminologie une véritable divergence de vues.

En réalité, nous dit Savigny, il n'en est rien. Uniquement pour plus de brièveté, quelques textes ne parlent que des deux sources les plus importantes tandis que d'autres textes, plus complets, y joignent deux autres sources, formées par analogie des deux premières, et c'est ce que marque le particule *quasi*.

En tout cas, à l'époque classique du droit romain, il y a quatre sources d'obligations qui sont admises. Parmi celles-là, les essentielles et en même temps les plus anciennes, sont les délits et les contrats. On reconnaît ces doubles sources dans les paroles du jurisconsulte Ulpien.

[D'abord l'idée de délit : ...*alterum non lædere* ; ensuite l'idée de contrat, de l'engagement pris par une personne envers une autre qui l'accepte : ...*grave est fidem fallere*.

On voit de même ces deux sources des obligations — *contractus et delicta aut maleficia* — dans les mots de Gaius :

Obligaciones, quarum summa divisio in duas species diducitur ; omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto.

Mais cette division bipartite devient insuffisante à mesure que le droit se perfectionne. Car — à mesure que le droit se compliquait — on rencontrait de plus en plus

des obligations qui, sans naître de faits licites ne naissent pas de délits et surtout des obligations qui, sans naître de faits illicites, ne naissent pas d'un accord de volontés.

Les jurisconsultes de l'époque se contentaient de mettre pêle-mêle, dans une même catégorie, ces obligations qui ne naissaient ni de délits ni de contrats, en disant uniquement qu'elles naissent de modes divers : *ex variis causarum figuris*.

Ce n'est, d'après l'opinion de Girard (1), que Gaius qui proposa une autre division plus importante parce qu'elle a passé dans les *Institutes* de Justinien (2) et est restée célèbre depuis lors.

Il s'agit d'obligations où le débiteur, *quasi ex contractu tenetur* ou *quasi ex delicto tenetur*.

Nous trouvons ainsi la formule plus complète donnée par Gaius : *obligationes aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris* (3).

Cette division est critiquée par Girard. D'abord parce qu'elle n'est pas compréhensive ; car il y aurait des obligations qui n'y rentreraient que malaisément, — et on nous cite comme exemple l'obligation de doter, celle d'exhiber, etc. Ensuite elle est critiquée parce qu'elle a le tort d'être — en une de ses formes — exprimée dans un langage très inexact ; car, si l'on peut parfaitement bien dire que le débiteur est tenu, est obligé de la même façon qu'en vertu d'un contrat (*quasi ex contractu*), on ne peut nullement dire que l'obligation — elle-même — naît

(1) Girard P. Fr., *Manuel élémentaire de Droit romain*, p. 409, 7^e édition, Paris, 1929.

(2) *Institutionem*, lib. III ; titre XXVIII.

(3) Gaius, *liber 2 Aureorum*.

quasi *ex contractu*. Il y a par conséquent une grande différence quant à leur manière de naître (1).

Il ne reste pas moins vrai que de cette division s'est inspiré Pothier dans son *Traité des obligations*, et que cette division — passant en quelque sorte par le moulage de Pothier d'abord, de l'évolution du droit ensuite — sert de base aux civilistes les plus expérimentés de nos jours.

Dans le droit civil moderne, la doctrine est unanime à considérer comme sources extra-contractuelles des obligations le quasi-contrat, le délit, le quasi-délit et la loi.

Le Code civil italien, reproduisant la division des *Institutes* de Justinien, énumère dans son article 1097 les sources des obligations, obligations qui naissent *aut ex contractu*, *aut quasi ex contractu*, *aut ex maleficio*, *aut quasi ex maleficio*. La seule distinction entre le Code civil italien et les *Institutes* de Justinien, c'est qu'il mentionne en plus la loi comme source des obligations.

Le Code civil français, quoique ayant la même classification que le Code civil italien, ne contient pas d'article énumérant les diverses sources des obligations. Cependant, on dégage l'esprit du Code en notre matière par la nomenclature des divers chapitres. C'est ainsi que le titre II du livre III traite des contrats ou des obligations conventionnelles en général.

Et le titre IV sur « les engagements qui se forment sans convention », nous dit dans l'article 1370 que « certains engagements se forment sans qu'il intervienne aucune convention, ni de la part de celui qui s'oblige, ni de la part de celui envers duquel il est obligé. Les uns résul-

(1) Girard P. Fr., *op. cit.*, p. 409, note 3, 7^e édition.

tent de l'autorité seule de la loi ; les autres naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé.

Les premiers sont les engagements formés involontairement, tels que ceux entre propriétaires voisins ou ceux des tuteurs et des autres administrateurs qui ne peuvent refuser la fonction qui leur est déferée.

Les engagements qui naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé, résultent des quasi-contrats ou des délits ou des quasi-délits ; ils forment la matière du présent titre ».

Le Code civil roumain, aussi bien que le Code Napoléon, n'énumère pas dans un article spécial les diverses sources des obligations. On en trouve seulement au livre III, le titre 3 qui s'occupe « des contrats ou conventions ».

On y voit dans un premier chapitre des dispositions préliminaires ; dans un second chapitre des conditions essentielles pour la validité des contrats ; dans un troisième chapitre l'effet des conventions et — chose curieuse — sans qu'il y ait un article général comme l'article 1370 du Code civil français qui traite des engagements qui se forment sans convention, on continue toujours, au troisième titre du livre III du Code, à s'occuper dans le chapitre 4 des quasi-contrats, et dans le chapitre 5 des délits et des quasi-délits. Il n'y a pas un mot par la suite en ce qui concerne les obligations résultant de l'autorité seule de la loi.

On trouve cependant au titre IV du livre II un article qui nous parle de certaines obligations dont la source est bien la loi.

C'est l'article 588 du Code civil roumain, correspondant à l'article 651 du Code civil français, et qui dit que « la loi assujettit les propriétaires à différentes obligations l'un à l'égard de l'autre, indépendamment de toute convention ».

On remarque bien que ces termes « indépendamment de toute convention » sont presque les mêmes que ceux de l'article 1370 du Code civil français, premier paragraphe, qui dit que « certains engagements se forment sans qu'il intervienne aucune convention ».

Seulement, si le Code civil roumain parle de ces engagements qui résultent par la volonté de la loi, il n'ajoute pas que les engagements en dehors de toute convention peuvent naître aussi bien du fait personnel de celui qui se trouve obligé — et par conséquent d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit.

Sans en dire un mot, le Code civil roumain se contente pour commencer, à donner purement et simplement la définition du quasi-contrat dans son article 986, laissant de côté la loi comme source des obligations.

Telle est la classification des sources qu'on trouve dans les *Institutes* de Justinien, et telle est la classification enseignée par la doctrine moderne des pays latins.

Pourrait-on lui adresser des reproches ? Si on regardait les dispositions du projet franco-italien relativement à cette classification, on pourrait certainement apporter des critiques au système dont nous venons de parler. Seulement nous estimons pour notre part que ces critiques ne sont point d'une importance telle que l'on soit obligé de les prendre au pied de la lettre, d'en tenir rigoureusement compte et de détruire tout un système, toute une classification, pour en revenir au système peu ordonné sur ce point du projet franco-italien.

Dans le rapport très documenté qu'accompagne le projet franco-italien, rapport à la valeur duquel a contribué la grande autorité de M. Larnaude, nous voyons que la distinction ainsi établie entre — d'une part — les contrats,

— d'autre part — les quasi-contrats, les délits et les quasi-délits est à la fois incomplète, inexacte et irrationnelle.

Incomplète — le dit-on — parce qu'il y a un certain nombre d'obligations qu'elle ne contient pas, qui n'y trouvent pas leur existence. Ce sont les obligations qui naissent du testament et que la doctrine a classées — fort artificiellement, — parmi les obligations naissant par la seule autorité de la loi.

Or, il s'agit là d'un cas où la volonté bien déterminée d'une personne — du testateur — et non pas de la loi, crée une obligation.

Inexacte et irrationnelle parce que « les catégories juridiques du quasi-contrat et du quasi-délit sont des formations hybrides et illogiques, issues inopinément des conceptions et des prémisses propres au droit romain classique, et qui ont donné lieu à des longues et interminables discussions doctrinales et théoriques, surtout en ce qui concerne la question de savoir si la catégorie du quasi-contrat est une catégorie générale comme celle des contrats même, ou si elle comprend uniquement les deux espèces prévues par le Code civil : la gestion d'affaires et la répétition de l'indû » (1).

Puis on discute continuellement sans être arrivé à un résultat précis sur la distinction qu'il faut faire entre la notion de délit et celle de quasi-délit.

C'est pourquoi la commission italienne, pour corriger ces erreurs de division des Codes, a complété d'abord l'article 1097 du Code civil italien en ajoutant aux cinq catégories de sources existantes le testament et la pro-

(1) *Rapport sur le projet d'un Code des obligations et des contrats commun à la France et à l'Italie*, p. LIII.

messe unilatérale et a substitué ensuite la notion d'acte illicite à la double notion — définitivement supprimée — de délit et de quasi-délit.

On a décidé ensuite de supprimer dans le projet franco-italien toute énonciation et d'écarter ainsi les dispositions qui se trouvent actuellement dans les articles 1370 du Code civil français et 1097 du Code civil italien.

On a demandé enfin dans les commissions de supprimer la catégorie des quasi-contrats, la considérant comme trop archaïque et se prêtant facilement à des confusions, grâce à l'analogie que pourraient entrevoir les uns avec le contrat.

A cause de ces différentes objections — que d'ailleurs on peut réfuter — le projet franco-italien n'établit aucune classification des sources des obligations. Et il commence par traiter directement dans le chapitre I^{er}, dans une première section les contrats (de l'art. 1^{er} à l'art. 59) ; dans une seconde section l'obligation unilatérale (art. 60) ; dans une 3^e section la gestion d'affaires (art. 61-66) ; dans une 4^e section le paiement de l'indû (art. 66-72) ; dans une 5^e section l'enrichissement sans cause (art. 73) ; dans une 6^e section les actes illicites (art. 74-86), et enfin dans une 7^e section l'obligation de présenter une chose (art. 86) (1).

Le projet ne parle donc pas des obligations qui naissent du quasi-contrat, ce que devrait déterminer — au cas où le projet serait adopté en France et en Italie — la suppression des articles 1371 du Code civil français et 1140 du Code civil italien et — si le projet était adopté tel

(1) Voir dans le *Projet de Code des obligations et des contrats* le *Rapport sur le projet d'un Code des obligations commun à la France et à l'Italie*, p. LV.

quel en droit roumain, ce qui déterminerait la suppression de l'article 986 du Code civil roumain.

Le projet ne parle pas non plus des obligations qui naissent par la seule autorité de la loi. En somme, on le fait remarquer dans le rapport qui accompagne le projet, qu'il est inutile de dire que l'autorité de la loi peut créer des obligations, alors qu'il n'est pas facile d'établir dans quel cas l'obligation naît du simple fait de la disposition légale sans aucun fait objectif, et dans quel autre cas — au contraire — c'est ce fait lui-même qui donne naissance à l'obligation.

Voilà par conséquent quelles sont les critiques apportées par le projet franco-italien à la classification traditionnelle et de quelle manière les rédacteurs de ce projet ont compris qu'il faut réglementer ce problème.

Pour notre part, nous venons de dire que ces quelques critiques qu'on peut apporter à la classification des sources des obligations, telle qu'elle est présentée par la doctrine, ont une importance dont il ne faut pas exagérer la portée. Expliquons-nous :

On dit d'abord que la classification doctrinale est incomplète parce qu'elle n'englobe pas les obligations qui naissent du testament.

En effet, songeant un peu aux différentes sortes d'obligations que pareille classification devrait engendrer, et n'y trouvant pas de place pour des obligations comme celles qui naissent du testament, pour des obligations dont l'importance n'est pas des moindres, la solution nous paraît réellement fâcheuse. Elle est choquante surtout parce qu'il s'agit parfois de ces obligations qui — quoique peut-être un lourd fardeau pour ceux qui sont tenus de les exécuter, — constituent néanmoins un

devoir sacré envers la mémoire du *de cuius*. Or, justement, la source de ces obligations reste en dehors de la classification dont on parle et que les auteurs dudit projet franco-italien critiquent.

Cependant, si l'on regarde de plus près le projet franco-italien sur les obligations, on voit que lui non plus ne fait pas allusion au testament en tant que source d'obligations. Et tout de même le projet, en dernière analyse, est l'expression idéale de la pensée juridique. Il constitue la quintessence de la logique de ces jurisconsultes dont la réputation est une fois pour toutes établie. Il est la traduction parfaite — parce qu'à la portée de tous — de la technique juridique la plus raffinée.

Et malgré cela, il n'y a aucune indication dans le projet relativement aux obligations qui naissent du testament.

C'est là d'ailleurs un point sur lequel se dirige la critique de M. Alfredo Siegwart. Dans une étude critique du projet, M. Siegwart estime que le rapport de la commission franco-italienne sur la question des sources des obligations se borne à confirmer ce qui fut largement relevé par la doctrine des deux pays (1). C'est pourquoi il estime que la répartition, telle qu'elle vient d'être faite par le projet franco-italien, est imparfaite, puisque les obligations qui naissent du testament ne peuvent pas y trouver une place appropriée. Celles-là, bien que la volonté du testateur soit décisive quant à leur naissance, doivent pourtant être classées parmi les obligations qui naissent en vertu de la loi.

(1) Siegwart Alfredo, *Gestione di affari senza mandato, Pagamento d'indebito ed Arricchimento senza causa nel Progetto italo-francese di un Codice delle Obbligazioni*, article paru dans *Saggi critici sul progetto italo-francese di Codice unico delle Obbligazioni dei contratti*.

Malgré ces critiques, que nous formulons contre le projet, il ne faut pas perdre de vue une chose — essentielle pourtant, — et dont les conséquences concernent aussi bien la classification doctrinale que le projet franco-italien qui, — en critiquant cette classification, — n'a pas fait mieux. C'est que, si dans la classification doctrinale comme dans le projet, on ne fait aucune mention du testament, si généralement on ne risque rien en en faisant abstraction quand on parle des sources des obligations, c'est parce que les obligations qui naissent à cause de mort sont intimement liées et trouvent leur place naturelle dans le droit des successions,

Et de même, si l'on n'a fait aucune mention dans le projet relativement aux obligations qui naissent d'une donation, c'est parce que les donations sont des contrats. Elles sont par conséquent soumises aux règles générales des contrats, dont on parle largement dans le projet franco-italien. Et, d'autre part, s'il y a des règles qui sont propres aux donations, elles trouvent naturellement leur place parmi les règles relatives aux donations entre vifs et dont le projet ne parle pas.

En ce qui concerne les critiques adressées par les rédacteurs du projet franco-italien à la notion de quasi-contrat, nous ne pouvons pas les accepter. Car — pour notre part, — nous ne considérons pas utile la suppression de cette notion, peut-être abstraite, de quasi-contrat.

En effet, il est inadmissible de soutenir qu'à cause de « leur analogie » on pourrait confondre le contrat et le quasi-contrat. D'après la définition même de Pothier, on peut facilement voir la distinction entre le quasi-contrat et le contrat. D'après cette définition, le quasi-contrat est le fait d'une personne, permis par la loi, qui

s'engage envers une autre personne, ou qui oblige une autre personne envers elle, sans qu'il intervienne entre elles une convention. Dans le contrat, c'est le consentement des parties qui produit l'obligation ; dans le quasi-contrat, il n'intervient aucun consentement ; c'est la loi seule ou l'équité naturelle qui produit l'obligation, en rendant obligatoire le fait d'où elle résulte.

C'est par conséquent la loi et son autorité souveraine qui règle les conséquences juridiques qui dérivent du quasi-contrat, et c'est la volonté commune des parties qui détermine les conséquences juridiques d'un contrat.

Ce n'est que sur un point unique que l'on pourrait — peut-être — rapprocher le contrat au quasi-contrat. C'est que, de même que la loi approuve et protège le contrat, de même elle accepte sans défaveur le fait volontaire générateur du quasi-contrat.

Mais, en dehors de cela, cette analogie n'existe pas et ne peut pas exister. Une obligation qui naît d'un quasi-contrat, naît d'un fait purement objectif auquel la loi attribue comme effet même la naissance de cette obligation ; tandis qu'une obligation qui naît d'un contrat, dérive d'un fait auquel au moins deux parties ont apporté une mûre réflexion par leur mutuel consentement. Or il y a là une différence énorme et essentielle.

L'essence du contrat, comme le dit M. Planiol, est l'accord de volontés entre deux personnes dont l'une consent à devenir débitrice de l'autre (1). Le quasi-contrat exclut par définition même cet accord.

C'est pourquoi nous estimons que la classification romaine qui sert de fondement aux jurisconsultes modernes est, dans son ensemble, satisfaisante.

(1) Planiol M. *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, p. 400, 11^e édit.

Elle est claire et elle a pénétré telle quelle dans l'esprit des juristes. Elle a encore le grand avantage de se baser, — par son origine, — sur l'autorité des *Institutes* de Justinien et d'être traditionnelle.

Or, s'il est vrai, comme le dit M. Demogue, qu'il y a des traditions qu'il faut savoir abandonner si l'on a trouvé mieux (1), il n'est pas moins vrai qu'il faut rester aux faits acquis si ces faits se trouvent être encore conformes à la pensée et à l'esprit de l'époque.

Enfin, à défaut de cette classification, à défaut des quasi-contrats, nous ne voyons pas quel fondement juridique on pourrait donner à certaines institutions, à la gestion d'affaires avant tout et surtout.

Pour toutes ces raisons, il nous semble que la classification des sources des obligations doit rester la même et qu'on doit y ajouter uniquement ces sources nouvelles qui, ne se trouvant pas dans les Codes civils les plus anciens, comme le Code Napoléon de 1804, le Code italien de 1866 et le Code roumain de 1864, sont devenues tout de même notoires par une création doctrinale et une consécration jurisprudentielle dans ces pays et par une insertion de ces sources dans les Codes civils les plus modernes (2).

Il faut étudier par conséquent ces sources suivant une classification qui nous paraît la plus rationnelle et dont le schéma serait le suivant :

A. Le contrat.

B. Le quasi-contrat.

C. Les actes illicites, définition trouvée dans le projet

(1) Demogue R., *Cours de Droit civil pour la seconde année*, 1928-29.

(2) Voir le Code civil allemand de 1900 et le Code suisse des obligations de 1911 dans leurs articles respectifs, 809 et suiv., et 621 et suiv.

franco-italien, et plus à même de répondre aux doubles notions imprécises de délit et quasi-délit, puisqu'elle les comprend toutes deux.

D. L'enrichissement sans cause.

E. L'obligation unilatérale.

F. L'obligation de présenter une chose.

Comme nous venons de dire que, pour notre part, nous ne pouvons pas abandonner la classification traditionnelle et ni son « plus médiocre ornement », — le quasi-contrat, — comme nous estimons qu'il s'agit là d'une notion qui doit subsister soit en vertu de la tradition, soit en vertu du fait qu'elle est déjà imprimée dans l'esprit juridique de chacun et que sans elle des institutions juridiques principales ne peuvent pas trouver de base, comme nous considérons même que le projet franco-italien a eu tort de ne pas l'étudier et de la faire disparaître du dictionnaire juridique, comme — d'autre part, — nous nous sommes imposé la tâche d'introduire ledit projet en Roumanie, nous estimons qu'il faut l'adopter uniquement après lui avoir apporté les quelques critiques qui nous paraissent s'imposer.

C'est pour cela que si nous concluons à l'adoption de ce projet dans notre pays, nous ne demandons pas moins qu'on laisse subsister le quasi-contrat en tant que source extra-contractuelle des obligations, tout en lui donnant — par ailleurs, — une interprétation sensiblement différente de celle qu'on a l'habitude de lui prêter.

Voilà pourquoi nous consacrerons nos efforts à l'étude du quasi-contrat.

Quant aux autres sources, on remarque très bien que parmi elles il y a au moins trois catégories qui ne se trouvent réglementées ni dans le droit roumain, ni dans

le droit français ou italien, mais auxquelles le projet franco-italien consacre quelques articles.

En échange, sur certaines d'entre elles, la doctrine française est extrêmement large et — quoique de beaucoup moins, — la doctrine roumaine en parle aussi.

Nous n'étudierons pas l'enrichissement sans cause comme une source à part, comme un chapitre bien déterminé, mais nous allons l'étudier sous la rubrique générale des quasi-contrats, et nous allons l'envisager en même temps et en comparaison avec la gestion d'affaires.

De sorte que c'est surtout sur le premier chapitre que notre attention sera plus concentrée et que nos développements seront plus grands.

Il s'agira en effet de montrer — *in extenso* — pourquoi nous maintenons la notion de quasi-contrat et quel doit être son véritable sens.

Il s'agira aussi d'arriver à une nouvelle réglementation de l'enrichissement sans cause — dont le projet franco-italien s'est borné, dans son article 73, de tracer uniquement le fondement, — et de la *gestorum negotio*.

Pour faciliter notre étude, nous ferons dans un appendice un tableau de la concordance des articles du projet franco-italien avec les articles du Code civil roumain et du Code civil français en ce qui concerne les sources extra-contractuelles. Nous allons souligner les articles qui n'ont pas de correspondance ni dans le droit roumain, ni dans le droit français, les articles qui sont par conséquent les nouvelles créations du projet franco-italien et qu'on devrait introduire dans un Code unifié des obligations, parce que les institutions qu'ils visent sont admises et leur existence est parfaitement confirmée soit par la doctrine, soit par la pratique jurisprudentielle.

Nous envisagerons dans la première partie de ce travail la théorie du quasi-contrat, étudiant comparativement, dans une première section, la gestion d'affaires et l'enrichissement sans cause, et dans une seconde section le paiement de l'indû.

En dehors des cas de gestion d'affaires et de paiement de l'indû, il y a encore bien d'autres hypothèses où on se trouve en présence d'un quasi-contrat (1). Mais notre attention sera concentrée uniquement sur ces deux cas, parce qu'ils sont généralement considérés comme des quasi-contrats types.

Enfin, dans une deuxième partie de notre travail, nous tâcherons de mettre en lumière une nouvelle conception de la gestion d'affaires et de l'enrichissement sans cause, en un mot nous essayerons d'étudier sous un jour nouveau la théorie de l'enrichissement injuste et la réglementation de l'*actio de in rem verso*.

(1) Planiol-Ripert, t. 7, p. 2 ; Demogue R., *Traité général des obligations*, t. 3, p. 116 et suiv. ; pour M. Demogue, exactement comme pour Demolombe et Larombière, il y a quasi-contrat dans le cas d'acceptation d'une succession, lorsque l'héritier, par un acte volontaire, devient créancier des débiteurs de la succession, débiteur des créanciers du défunt et des légataires. Pour ce quasi-contrat, dit M. Demogue, l'héritier doit être capable.

Il y a aussi quasi-contrat si un tuteur ou administrateur accepte la tutelle ou l'administration que la loi leur attribue, quoiqu'il aurait pu les refuser.

Enfin M. Demogue estime qu'il y a aussi des quasi-contrats de droit administratif (Voir t. 3, p. 117-119).

PREMIÈRE PARTIE

THÉORIE GÉNÉRALE DU QUASI-CONTRAT

DROIT ROMAIN — DOCTRINE MODERNE
ESSAI CRITIQUE DU PROJET FRANCO-ITALIEN

QU'EST-CE QUE LE QUASI-CONTRAT ET QUELS SONT LES DIFFÉRENTS TYPES DE QUASI-CONTRATS ?

Chez les Romains, les obligations quasi-contractuelles sont celles qui ne naissent pas d'un contrat mais qui néanmoins, n'ayant pas leur origine dans un délit, sont réputées naître comme d'un contrat (1). Ce sont des obligations qui ont une cause licite autre qu'une convention. Les Romains ne font aucune distinction entre l'obligation qui suppose la volonté de l'une des parties et celle qui ne la suppose pas. Telle est la source invariable que l'on assigne aux obligations réciproques du tuteur et du pupille, quand même il s'agirait d'un tuteur qui n'avait pas d'excuse à faire valoir.

Le tuteur, bien qu'il n'ait conclu aucune convention avec le pupille dont il administre les biens, n'en est pas moins tenu, du chef de son administration envers le pupille, exactement comme le mandataire le serait envers le mandant ; et par contre le pupille peut devenir le débiteur du tuteur du chef des dépenses faites dans son intérêt, comme le mandant peut être obligé envers le mandataire (2).

Donc les obligations quasi-contractuelles sont des espèces dans lesquelles le lien obligatoire présente quelque

(1) Accarias, *Précis de droit romain*, t. II, p. 420, Paris, 1891.

(2) Maynz, *Cours de droit romain*, t. II, p. 474, Paris, 1891.

analogie avec divers rapports contractuels. Cette analogie est insignifiante. Seulement, bien que dans ces hypothèses l'obligation qui s'établit entre les parties ait pour cause un fait unilatéral, les Romains estiment que l'obligation naît comme d'un contrat — *quasi ex contractu*.

C'est d'ailleurs pourquoi ils donnent, à l'effet de poursuivre l'exécution de ces obligations, des actions analogues à celles qui sont attachées aux contrats correspondants.

Comme faits assimilés à des contrats, les *Institutes* de Justinien énumèrent la gestion d'affaires, la tutelle, l'indivision, le paiement de l'indû et le testament.

Les trois premières institutions engendrent des obligations réciproques et aboutissent à des actions de bonne foi ; les deux dernières obligations obligent une seule personne et font naître des actions de droit strict.

Ce n'est point là une énumération limitative. On en pourrait ainsi ajouter les obligations qui incombent au batelier et à l'aubergiste de répondre des effets qui ont été mis sous leur garde, même à leur insu, comme s'ils y étaient engagés par une convention formelle.

C'est pour donner efficacité civile à cette responsabilité que le prêteur a créé une action *in factum* en restitution des objets reçus, l'*actio de recepto contra nautas, caupones, stabularios*. De même on peut considérer toujours comme résultant *quasi ex contractu* l'obligation de borner, obligation qui existe entre propriétaires de fonds voisins (*agri confines*) et qui se trouve sanctionnée par une *actio finium regundorum*.

Le Code civil français, dans son article 1371, pose le principe des quasi-contrats, en les définissant comme des « faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte

un engagement quelconque envers un tiers et quelquefois un engagement réciproque des deux parties ».

La même définition est reprise par le Code civil roumain dans son article 986. On en ajoute uniquement le mot « licite » — « des faits licites et volontaires »,...qui manque à la rédaction française.

Sans discuter pour le moment sur la notion même de quasi-contrat, sur la question de savoir si — dans le droit moderne — cette notion trouve sa raison d'être et s'il y a vraiment une catégorie de faits juridiques suffisamment importants pour donner naissance et pour maintenir en principe l'ancienne classification des quasi-contrats, il faut remarquer dès le premier abord que la définition des quasi-contrats établie par le Code civil roumain est de beaucoup supérieure à la définition de l'article 1371 du Code civil français.

En effet, si pour distinguer les quasi-contrats des contrats, il est bien de dire qu'ils sont des faits purement volontaires de l'homme et de montrer ainsi la différence avec les contrats qui sont considérés comme des conventions, il est — en échange — fâcheux de ne pas ajouter aux mots « faits volontaires » le terme « licite ». Car de cette façon on facilite les confusions qu'il pourrait y avoir entre les quasi-contrats et les délits, qui eux aussi sont des faits volontaires de l'homme dont il résulte une obligation envers quelqu'un. Il y a uniquement l'élément d'illicéité qui intervient (1).

La loi, parlant des faits purement volontaires, marque de façon très précise que dans le quasi-contrat la volonté de l'homme joue un rôle.

(1) Duranton, *Cours de droit français*, t. 13, p. 656, Paris, 1831.

Le fait qui constitue le quasi-contrat produit des obligations soit à la charge d'une personne, soit à la charge des deux parties qui y figurent. Ces obligations naissent tantôt pour l'utilité des parties intéressées, tantôt pour des considérations d'équité.

S'il n'y a pas un contrat, un concours de volontés, c'est parce que la chose est impossible. Mais les parties sont censées consentir, soit parce que leur intérêt le veut, soit parce que l'équité l'exige.

Dans ce cas, le nombre des quasi-contrats serait extrêmement grand. Mais on se heurte à l'objection de Laurent qui dit qu'un fait, par lui seul, ne saurait engendrer d'obligations sans l'autorité du législateur (1). On ne peut pas invoquer l'équité. L'équité est une notion abstraite, étrangère au droit dans le sens que, — par elle seule, — elle ne peut créer ni droit ni obligation.

Cependant il y a, — comme le fait remarquer Demolombe, — dans la définition fournie à l'article 1371, le mot « volontaire » — des faits volontaires, — qui, opposé au mot « involontairement », a eu surtout pour but dans la pensée du législateur de désigner des obligations qui ne résultent pas de l'autorité seule de la loi (2).

Le Code civil n'a spécialement prévu que deux quasi-contrats : celui qui résulte de la gestion d'affaires (art. 1372-1375), et celui qui résulte du paiement de l'indû (art. 1376-1381). Y en a-t-il bien d'autres ou ce sont les seuls qui existent ?

Nous venons de voir la doctrine de Laurent d'après laquelle il ne peut pas y avoir de quasi-contrat sans loi

(1) Laurent, *Principes de droit civil*, t. 20, p. 340, Paris, 1878.

(2) Demolombe, *Cours de droit civil*, t. 31, p. 21-22 et 31, Paris, 1882.

puisque le principe des obligations qui en résulte se trouve dans la loi.

Pour Demolombe, cette doctrine n'est pas exacte. Elle n'est pas exacte parce que — le dit Demolombe, — il existe même dans le Code civil d'autres quasi-contrats outre les deux dont il s'est occupé spécialement dans notre titre. A ces deux là on en peut ajouter d'autres, autant que le fait juridique qui donne naissance à l'obligation rentrera dans la définition française du quasi-contrat, telle que l'article 1371 l'a reproduite. Il faudrait ajouter la définition française complétée par le mot licite, — faits volontaires et licites, — car le fait doit être essentiellement licite, permis par la loi, non répréhensible et honnête (1).

Or, il y a un certain nombre de faits juridiques auxquels cette définition s'adapte, — selon Demolombe, — très exactement ; de sorte que les obligations qu'ils produisent, doivent être considérées comme naissant d'un quasi-contrat.

C'est à la même solution que s'arrête Larombière, qui dit qu'il existe beaucoup d'autres quasi-contrats encore, car il y a une infinité de faits licites et volontaires, desquels résultent des engagements unilatéraux ou réciproques, sans qu'il soit intervenu entre les parties aucune convention.

Et tous deux nous citent encore quelques quasi-contrats, par exemple : les obligations qui résultent de la tutelle, lorsque le tuteur, pouvant la refuser, l'a volontairement acceptée ; celles qui résultent entre co-propriétaires de la co-propriété ou de l'indivision d'une chose,

(1) Larombière, *Des obligations*, t. 7, p. 398 et suiv., Paris, 1885.

lorsqu'elle naît d'un fait volontaire de leur part, comme de l'acceptation d'une donation ou d'un legs, sans qu'il soit intervenu entre eux aucune convention de société, etc.

Ce sont là des faits juridiques présentant les caractères des quasi-contrats, tels qu'ils sont définis par le Code civil. Ce sont des faits de l'homme, volontaires et licites, qui produisent des obligations soit unilatérales soit bilatérales entre deux personnes sans qu'il soit intervenu entre elles aucune convention.

Or, ce sont là justement les effets du quasi-contrat. C'est à la même conclusion qu'arrivent Mourlon et Demangeat (1).

« Notre Code n'a réglementé que deux quasi-contrats seulement : la gestion d'affaires et le paiement de l'indû. Il n'en faut cependant pas conclure que ces deux quasi-contrats soient les seuls. On peut, en effet, citer encore, comme formant des quasi-contrats, l'acceptation d'une tutelle par un tuteur qui aurait pu la refuser, et l'acceptation d'une succession par un héritier. Si le Code ne s'est spécialement occupé, sous ce titre que de la gestion d'affaires et du paiement de l'indû, c'est que ses rédacteurs ont copié le Digeste, où ces deux quasi-contrats font l'objet de deux titres spéciaux. »

Nous pouvons donc conclure que la grande majorité des auteurs du XIX^e siècle et du commencement du XX^e siècle considère — qu'outre les cas envisagés par le Code civil, — il y a beaucoup d'autres faits juridiques qui pourraient produire entre deux personnes, indépendamment de toute convention, des obligations semblables à celles qui naîtraient d'une convention.

(1) Mourlon et Demangeat, *Code civil*, t. 2, p. 935, Paris, 1885.

Mais il ne sera possible de les considérer comme des quasi-contrats que lorsque le fait volontaire et licite de l'homme s'y rencontrera.

Avant de connaître l'opinion de la doctrine moderne sur le quasi-contrat et les diverses espèces de quasi-contrat, il est bon de nous arrêter un peu pour jeter un coup d'œil rapide sur la manière de concevoir le quasi-contrat par les auteurs dont nous venons de parler. Quoique simple et très claire au premier abord, elle est beaucoup plus compliquée qu'elle n'a peut-être l'air.

Il est, en effet, extrêmement difficile de faire une classification limitative et de déterminer ainsi exactement quels sont les faits juridiques, à la fois licites et volontaires, qui pourraient faire naître une obligation. C'est là une question plutôt subjective que de pure logique juridique, et cela donnerait lieu, pour chaque espèce à part, à des controverses fort difficiles à résoudre — à savoir si, dans tel cas particulier nous nous trouvons ou non en face d'un fait juridique qui constitue un quasi-contrat. C'est pourquoi si, dans l'étude du quasi-contrat, telle que nous l'avons montrée jusqu'ici, il fallait prendre un parti, notre vue d'ensemble, sans admettre les méthodes des auteurs sus-cités, partagerait plutôt l'opinion de Toullier, qui nous paraît de beaucoup la plus rationnelle car la plus systématique.

Toullier soutient — comme ses successeurs dont nous avons parlé déjà — qu'il existe d'autres quasi-contrats outre les deux cités par le Code civil. Pour les connaître il faut remonter au principe commun à tout ce qu'on

appelle un quasi-contrat (1). En réfléchissant sur la source des obligations qui dérivent de ce qu'on appelle des quasi-contrats, on trouve qu'elles dérivent toutes de la « loi sacrée de la propriété ».

En effet, depuis l'établissement de la propriété permanente, l'un des principaux fondements, des principales bases de la société, — la propriété — ne se perd qu'avec le consentement du propriétaire.

Id quod nostrum est sine facto nostro, ad alium transferri non potest.

Il en résulte que, quelque soit la manière dont la possession de la chose qui m'appartient ait passée en d'autres mains, sans que j'eus eu la volonté d'en transférer le domaine, le lien de la propriété qui l'attache à moi n'est point rompu ; elle continue de m'appartenir et je peux la poursuivre en quelques mains que je la trouve, à moins que la prescription n'ait éteint mon action.

Le possesseur, même alléguerait-il sa bonne foi, est tenu de me la rendre. Il est obligé, sans qu'il y ait aucune convention entre nous. Son obligation, fondée sur la loi, prend naissance à l'occasion du fait quelconque — quelque licite qu'il soit — qui a fait passer ma propriété entre ses mains, sans que j'aie eu l'intention de l'en gratifier ; ce fait, quelqu'il soit, est donc ce que le Code appelle un quasi-contrat.

Cette notion, qui explique très nettement la nature du quasi-contrat, amène Toullier à formuler les termes qu'on devrait substituer à ceux qui constituent l'article 1371. Il établit la formule suivante :

« Tout fait licite quelconque de l'homme, qui enrichit

(1) Toullier, *Droit civil français*, t. XI, p. 26-28, Paris, 1830.

une personne au détriment d'une autre sans qu'il y ait eu intention de la gratifier, oblige celle qui se trouve enrichie de rendre la chose ou la somme tournée à son profit. »

Pour notre part, nous devons reconnaître que cette disposition est plus à même pour mettre en évidence la notion de quasi-contrat et pour pouvoir savoir ainsi, sans avoir besoin de l'indiquer, de l'énumérer, quand telle ou telle autre obligation dérive d'un quasi-contrat.

Il suffit d'être enrichi par ton propre fait ou par celui d'un tiers, aux dépens d'une autre personne, sans que celle-ci ait eu la volonté de te gratifier ; on est dès lors déjà engagé et il y a un droit acquis à celui aux dépens de qui on s'est enrichi.

S'il y a des difficultés en ce qui concerne les détails ou les accessoires de l'obligation, c'est, le dit Toullier, à la loi ou au juge de lever ces difficultés.

C'est là un point de vue, à notre avis, plus général et plus synthétique nous permettant de faciliter et l'étude du quasi-contrat — en nous donnant une notion plus précise de ce que peut être un quasi-contrat — et l'étude des divers faits juridiques qu'on pourrait englober sous cette rubrique.

Quelle est l'opinion que les divers auteurs les plus remarquables se sont fait au cours du ^{xx}e siècle et jusqu'à nos jours sur les quasi-contrats ?

Parlant des quasi-contrats, Aubry et Rau font remarquer que cette notion, « considérée comme une notion générale et précise dont tous les éléments essentiels se retrouveraient dans une série d'opérations juridiques

d'aspect et de but divers, également susceptibles d'être ainsi dénommées, ne résiste pas à l'examen » (1).

C'est dire que les quasi-contrats ne peuvent pas constituer une source originale et distincte des obligations.

Il est fort naturel que dans toutes les obligations qui naissent comme d'un contrat — *quasi ex contractu* — le débiteur soit tenu *lege*. Mais cela ne signifie pas qu'il est tenu nécessairement en vertu d'un fait volontaire et licite, par conséquent d'un quasi-contrat dont il serait lui-même ou le créancier ou l'auteur.

En effet, comme il y a différentes hypothèses de quasi-contrat, on peut dire que si tel débiteur est tenu *lege*, il l'est pour une raison qui varie justement selon les diverses hypothèses de quasi-contrat.

Et, c'est ce que M. Martin fait remarquer, sur le terrain du conflit des lois, cela se traduit par l'application des lois différentes aux différentes hypothèses du quasi-contrat.

Il ne peut pas y avoir par conséquent dans les quasi-contrats une source précise et générale d'obligations.

Cette notion, restée informe et imprécise, du quasi-contrat a été reprise par Pothier qui, d'après Aubry et Rau, conclut à une liste pratiquement sans limite des quasi-contrats. Et c'est de Pothier qu'elle est passée, gardant la même imprécision, dans le Code civil.

Comme leurs devanciers, Aubry et Rau trouvent qu'il y a un autre cas, outre les deux visés par le Code civil, et qui révèle tous les caractères exigés par l'article 1371 pour entrer dans la catégorie des quasi-contrats. C'est le cas sus-cité, cas prévu par Larombière et Demolombe et

(1) Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. VI, p. 293-293, 5^e édition, revue par M. Martin, Paris, 1920.

suivant lequel l'administration d'un bien appartenant par indivis à plusieurs personnes entre lesquelles il n'y a pas de contrat de société, présente — lorsqu'elle est gérée sans aucun mandat, donc volontairement et sans qu'il y ait aucun contrat, par l'un des co-propriétaires de ce bien — tous les éléments du quasi-contrat.

Pour MM. Colin et Capitant, il n'y a pas de notion plus indécise que la notion des quasi-contrats que les jurisconsultes se transmettent depuis le droit romain, sans être arrivés à se mettre d'accord sur son contenu (1).

Elle est imprécise parce que, d'après les termes significatifs de l'article 1371 du Code civil français, il résulterait que tout acte unilatéral fait avec l'intention de créer un engagement, constitue un quasi-contrat. Or, dans le Code, on ne trouve à la matière des quasi-contrats, que deux institutions : la gestion d'affaires et le paiement de l'indû.

Donc on se trouve en face d'une définition très large, mais quand il s'agit d'en tirer les conséquences sur le terrain pratique, ces conséquences sont limitativement déterminées. De plus encore, si, par sa nature, par les rapports de droit qu'elle établit entre diverses personnes, la gestion d'affaires réunit les éléments nécessaires pour être intégrée aux termes de l'article 1371 dans la catégorie des quasi-contrats, on ne peut nullement en dire autant pour la seconde opération prévue par le Code, le paiement de l'indû.

(1) Colin et Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, p. 254 et suiv., 5^e éd.

Car, s'il est vrai, conformément à l'article 1376 du Code civil, que celui qui par erreur ou sciemment, recevant ce qui ne lui est pas dû, s'oblige à le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu, il ne reste pas moins vrai qu'il ne faut pas rattacher cette obligation à la volonté de l'*accipiens*.

En effet, le disent MM. Colin et Capitant, il est bien évident que celui qui reçoit par erreur l'indû, n'a pas à ce moment la volonté de le restituer ; et on ne trouve pas de trace de cette volonté ni dans le cas où l'*accipiens* est de mauvaise foi, car autrement il refuserait le paiement qui lui est fait par le *solvens*.

Par conséquent l'obligation de l'*accipiens* ne peut avoir comme source que la loi, qui donne au *solvens* une action en répétition basée sur la théorie de l'enrichissement illégitime.

C'est pourquoi les divers auteurs modernes ne sont pas arrivés à bien préciser la notion des quasi-contrats.

Les uns, en présence des textes du Code, n'y voient que les deux catégories sus-visées ; les autres admettent de façon plus générale que tout acte volontaire, unilatéral et licite, qui peut engendrer des obligations, constitue un quasi-contrat.

MM. Colin et Capitant critiquent la notion des quasi-contrats qui, envisagée comme une source extra-contrattuale des obligations, est le résultat d'une confusion faite par les interprètes. En effet, les Romains ont observé qu'il y avait des faits qui, quoique ne constituant pas des contrats ni des délits, engendraient tout de même certains engagements et que les actions nées de ces engagements se rapprochaient parfois beaucoup de celles qui prennent naissance d'un contrat.

C'est à coup sûr pourquoi ils disaient qu'il y a des obligations qui naissent comme d'un contrat — *quasi ex contractu*.

Mais, « dans notre droit actuel, cette notion d'actions quasi-contractuelles n'a plus aucun intérêt, aucune utilité. Et on a déformé l'idée ancienne qui s'en référait à l'effet des obligations, en en faisant le principe d'une classification des sources des obligations. Comme d'autre part il s'agit là d'une conception purement théorique, n'emportant aucune conséquence pratique, il nous est bien permis de dire qu'il convient de l'abandonner » (1).

Se basant d'abord sur l'inutilité de cette notion des quasi-contrats, ensuite sur le fait que les Codes les plus récents, parlant des diverses sources des obligations n'en disent pas un mot en ce qui concerne les quasi-contrats, enfin ne se considérant pas du tout liés par la classification du Code civil, MM. Colin et Capitant suggèrent de classer les sources des obligations d'une manière qui se rapproche beaucoup de celle employée par le projet franco-italien (2), à savoir les contrats, les déclarations unilatérales de volonté, les délits et les quasi-délits et la loi.

Baudry-Lacantinerie et Barde commencent l'étude du quasi-contrat par les critiques que tous ceux qui leur ont précédé, de même que tous ceux qui leur ont succédé, lui ont apporté. Mais ils en ajoutent une autre ; c'est que

(1) Colin et Capitant, *op. cit.*, 6^e éd., p. 255, t. II.

(2) En réalité, comme nous l'avons indiqué, le projet franco-italien n'établit aucune classification. Il étudie les sources uniquement suivant une méthode dont se rapproche beaucoup la classification de MM. Colin et Capitant mais qui ne constitue pas, par elle-même, une classification scientifique.

le Code ne précise pas de qui doit émaner le fait volontaire de l'homme et, en effet, il peut provenir de l'une ou de l'autre des parties, quoique généralement c'est le fait du débiteur.

On voit bien que Baudry-Lacantinerie et Barde relèvent clairement qu'une obligation peut résulter tout aussi bien du fait du créancier.

Comme la grande majorité des auteurs, ils critiquent eux aussi l'expression de quasi-contrat en elle-même, expression qui donne lieu aux controverses les plus graves. D'après eux, le droit romain connaissait des obligations contractuelles résultant d'un fait permis par la loi, des obligations délictuelles résultant d'un fait réprouvé par la loi et des obligations qui, ne dérivant ni d'un contrat, ni d'un délit, résultent tout de même d'une opération juridique qui n'est pas contraire aux prescriptions de la loi (1).

Telle est la classification qu'on trouve dans les *Institutes*, et on trouve dans les commentaires des textes de Justinien l'expression de *quasi contractus*.

Les jurisconsultes, reproduisant au moment de la renaissance du droit romain en Occident cette classification, elle a passé dans les écrits des anciens coutumiers. Il paraît donc que cette notion n'a aucune base rationnelle et c'est pourquoi les efforts accomplis pour arriver à dégager sa justification sont restés vains.

Comme beaucoup d'autres auteurs, Baudry-Lacantinerie et Barde distinguent, d'après la définition du Code, d'autres quasi-contrats que ceux cités par le Code civil, et

(1) Baudry-Lacantinerie et Barde, *Droit civil*, t. II, p. 356, 12^e éd.

notamment le quasi-contrat de communauté et l'acceptation par un tuteur d'une tutelle qu'il aurait pu refuser.

M. Planiol critique la notion de quasi-contrat et la nie de façon, on pourrait le dire, indirecte parce qu'il trouve purement illusoire la classification générale des sources des obligations, telle qu'elle est établie par le Code civil.

Il dit que « sans être entièrement fausse, elle est superficielle, sa nomenclature est vicieuse et elle répond mal à la réalité » (1).

Nous estimons utile de voir avec plus de détail sa véritable pensée relativement à ce sujet, et c'est pourquoi nous tâcherons de la puiser premièrement dans ses traits généraux, dans l'un de ses articles extrêmement intéressants, article relatif à la « classification des sources des obligations », paru dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence* de 1904, ensuite dans son *Traité de droit civil*.

M. Planiol estime que les diverses sources d'obligations, constituant la classification établie par la grande majorité des traités de droit civil français, peuvent se grouper de deux manières :

a) selon qu'il s'agit de faits licites ou illicites, les contrats et les quasi-contrats d'une part, les délits et les quasi-délits d'autre part ;

b) selon qu'il s'agit de savoir si leur caractère est inten-

(1) Planiol M., *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, p. 355, 8^e éd.

tionnel ou non, on rapproche les contrats des délits, les quasi-contrats des quasi-délits (1).

Cette classification traditionnelle, empruntée aux romainistes, a pénétré dans la doctrine française grâce à Pothier.

Elle est sujet à des sérieuses critiques.

D'abord parce qu'il n'y a que deux sources d'obligations. Il ne peut y avoir que des obligations qui naissent soit de la volonté des parties, et c'est cette volonté qui déterminera l'objet et l'étendue de l'obligation, soit, à défaut d'elle, de la loi. Mais cette volonté du législateur ne peut pas être capricieuse.

Le législateur ne peut créer des obligations que s'il y a des circonstances qui rendent pareille création nécessaire et ces circonstances ne peuvent être qu'une lésion injuste qu'il faut éviter ou réparer, selon qu'elle est encore à « l'état futur » ou déjà « réalisée ».

C'est à la suite de ce raisonnement qui nous paraît extrêmement intéressant, que M. Planiol distingue uniquement deux sortes d'obligations, les obligations conventionnelles et les obligations légales.

Ensuite, et c'est par là que M. Planiol se distingue de MM. Aubry et Rau et de beaucoup d'autres auteurs encore, il critique les caractères qui constituent, soit d'après le Code, soit d'après presque toute la doctrine, les traits essentiels des quasi-contrats, à savoir la notion de fait volontaire et de fait licite. Ce n'est pas l'auteur du fait volontaire qui se trouve être obligé, c'est d'habitude une autre personne, « qui y est restée étrangère ou qui du moins n'y a joué qu'un rôle passif ». Une personne

(1) Planiol M., *Classification des sources des obligations*, article paru dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence* de 1904, p. 224 et suiv.

qui devient débitrice en vertu d'un quasi-contrat n'est jamais engagée parce qu'elle l'a voulu.

C'est pourquoi il faut dire que cette obligation, qui ne résulte pas de la volonté de l'obligé lui-même, est uniquement l'œuvre de la loi.

Mais, tout en continuant son raisonnement très remarquable, M. Planiol va jusqu'à en dire qu'il faut rapprocher beaucoup le quasi-contrat des délits et des quasi-délits, le faisant rentrer dans la catégorie appelée par le projet franco-italien sur les obligations des « actes illécites ». Cela parce que « le quasi-contrat ne mérite plus même d'être appelé un fait licite que d'être appelé un fait volontaire » (1).

Pour, notre part nous estimons le raisonnement de M. Planiol comme très juste, d'autant plus que nous avons en quelque sorte partagé le point de vue de Toullier, lequel, avons-nous dit, met en pleine lumière et avec une logique parfaite, établissant un enchaînement entre les divers faits juridiques qui s'entremêlent et dérivent les uns des autres, les caractères et la nature de ce que peut être une obligation quasi-contractuelle.

Or, il y a un fond commun entre la façon de concevoir de Planiol et celle de Toullier, car il y a une même idée qui se trouve constituer le fondement de leur pensée dans notre matière. C'est l'idée que l'obligation quasi-contractuelle est toujours basée sur un enrichissement illégitime aux dépens d'autrui.

En effet, M. Planiol nous dit que cette obligation quasi-contractuelle provient toujours « d'un enrichissement aux dépens d'autrui et dont il s'agit de restituer la valeur » (2).

(1) Planiol M., *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, p. 271, 10^e éd.

(2) Planiol M., *op. cit.*, p. 272, 10^e éd.

Mais, et c'est ici que le raisonnement de M. Planiol se distingue de celui de Toullier, si le fait d'avoir payé ce qu'on ne devait pas, n'est pas illicite en lui-même, l'obligation de restituer ce qu'on a reçu injustement dérive d'un fait illicite, puisque dépourvu de cause, et ce fait n'est autre que l'enrichissement obtenu aux dépens d'autrui. Il ne faut jamais s'arrêter au fait initial qui suppose tout quasi-contrat et qui est un fait licite.

Ce n'est pas à lui que se trouve l'acte générateur de l'obligation. Ce fait générateur d'une obligation doit se produire en la personne de celui qui est tenu. Et, quand on cherche en la personne du débiteur, quelle est la cause de son obligation, et qu'on envisage les différentes hypothèses de quasi-contrats, on découvre, dit M. Planiol, aisément que leur trait commun est l'existence d'un enrichissement aux dépens d'autrui.

C'est pourquoi M. Planiol transfère le quasi-contrat dans la catégorie des faits illicites, disant qu'on est en face de « faits illicites involontaires », car dans le quasi-contrat la cause réelle de l'obligation n'est ni un fait volontaire, ni un fait licite.

Mais, disant que le quasi-contrat s'analyse en un enrichissement sans cause, M. Planiol se trouve encore en opposition avec le texte du Code et avec l'opinion doctrinale qui s'est formée en France, car il dit en même temps qu'il est un acte essentiellement unilatéral (1).

Or, il y a bien un cas tout au moins où l'on se trouve

(1) Contrairement à l'opinion doctrinale, nous estimons, et nous en montrerons par la suite les raisons, que l'enrichissement sans cause, tout comme la gestion d'affaires, produit des obligations réciproques et que, même si au début l'enrichissement constitue un acte unilatéral, il en devient par la suite un acte bilatéral, engendrant des obligations des deux côtés.

en présence d'un quasi-contrat qui engendre des obligations réciproques. C'est la gestion d'affaires, qui constitue pour M. Planiol un quasi-contrat synallagmatique, du moins en apparence. Il n'y a pas une cause unique qui engendre deux obligations réciproques, celle du maître d'indemniser le gérant et celle du gérant de continuer la gestion en cas de mort du maître jusqu'à ce que l'héritier ait pu en prendre la direction. Il y a là un concours de causes obligatoires : un enrichissement sans cause d'abord, la possibilité d'un préjudice futur qu'on évite ensuite.

Enfin, si on admet déjà la notion de quasi-contrat, il faut en trouver, estime M. Planiol, un nombre infiniment plus grand que celui dont parle le Code, car le groupe de ces quasi-contrats est surtout renforcé par l'adjonction qui paraît s'imposer de tous les cas d'enrichissement sans cause. Et ces enrichissements, qui ne sont pas classés et nommés par la loi comme quasi-contrats, en sont bien cependant.

Telles sont, en quelques mots, les critiques que M. Planiol apporte à la notion de quasi-contrat et à la classification, pour ainsi dire traditionnelle, des sources des obligations.

Après les avoir formulées, M. Planiol arrive à la conclusion pénible aux termes de laquelle il n'y en a peut-être pas, dans le droit tout entier, une seconde notion qui puisse rivaliser en impropriété avec la notion de quasi-contrat.

Tout comme Demolombe, tout comme MM. Colin et Capitant, M. Louis Josserand propose de supprimer pure-

ment et simplement la notion de quasi-contrat du vocabulaire juridique, car il s'agit là en réalité d'une notion équivoque qui prête facilement à confusion et qui n'a aucune raison d'être.

« Il faut y voir une survivance, plus exactement une exagération, une prolifération d'une vue familière à certains jurisconsultes romains qui, observant que certaines obligations résultaient, *ex variis figuris causarum*, c'est-à-dire d'actes, de faits ne constituant ni des contrats, ni des délits, mais ressemblant aux uns ou aux autres, disaient que ces engagements naissaient *quasi ex contractu* ou *quasi ex delicto*, voulant ainsi justifier le caractère obligatoire qui leur était reconnu par droit d'affinité (1). »

Mais M. Josserand soutient que de nos jours cette notion ne présente plus d'intérêt. On aurait dû l'abandonner exactement comme on a abandonné le formalisme romain, et c'est justement le contraire qu'on a fait, car on a établi une véritable classification de ce qui n'était qu'une observation relative aux obligations et aux actions. Et, estimant que toute œuvre législative qui, secouant le joug de la tradition, passe sous silence cette notion de quasi-contrat, « ce monstre légendaire qu'il faut se décider de bannir du langage juridique », M. Josserand établit une nouvelle classification des sources des obligations, classification qui se rapproche de l'énumération du projet franco-italien, à savoir : 1^o les actes juridiques, lesquels se subdivisent en contrats et en engagements unilatéraux ; 2^o les actes illicites ; 3^o l'enrichissement sans cause et 4^o la loi.

Cette classification se rapproche en même temps de

(1) Josserand L., *Cours de droit civil positif français*, t. II, p. 4 et suiv.

celle établie par MM. Colin et Capitant, car eux aussi font entrevoir cette nouvelle source d'obligations qui a d'ailleurs trouvé sa consécration dans le projet franco-italien, — la déclaration unilatérale de volonté.

M. Josserand ne la considère pas comme une source à part, mais comme une branche dérivant et — c'est déjà important, — de la grande source qu'on appelle les contrats.

Même avant M. Josserand et MM. Colin et Capitant, il y avait des auteurs qui, tout en critiquant la classification traditionnelle des sources des obligations, ont tâché d'établir le fondement d'une nouvelle classification et de montrer le non-sens de la notion de quasi-contrat.

C'est ainsi que M. Goublet (1), dans sa thèse sur « La Notion du quasi-contrat », estime que, tandis que dans la classification traditionnelle les obligations légales viennent les dernières et apparaissent comme une sorte de résidu, un refuge pour toutes celles qui n'ont pu trouver place dans les autres catégories, dans la classification qu'il conçoit il place, par contre, ces obligations légales en tête de toutes les obligations contractuelles, comme pour faire d'elles la source de toutes les autres.

Il estime en effet, comme M. Planiol et comme M. Ripert, qu'il n'y a que deux sources d'obligations, le contrat et la loi ; mais il croit que parmi les obligations légales il faut distinguer différents groupes.

Si nous admettions cette façon de voir, à savoir que toute obligation naît d'un contrat ou de la loi, qu'en absence d'un contrat, elle ne peut avoir une autre source

(1) Goublet, *La notion de quasi-contrat. Classification rationnelle des sources d'obligations*, thèse, Paris, 1904, p. 23 et 24.

que la loi, nous croyons que nous aurions tort. Car, comme le fait très justement remarquer M. Josserand (1), les obligations conventionnelles sont elles aussi légales parce que les effets que ces obligations produisent sont obtenus uniquement grâce à la permission de la loi, ce que l'on peut d'ailleurs remarquer par le principe formulé par le Code civil même dans son article 1134, qui nous dit que toutes conventions légalement faites, tiennent lieu de loi à ceux qui les ont conclues.

On aboutirait de cette manière à la conclusion qu'il n'y a qu'une seule source des obligations, une source très générale — la loi.

S'il s'agit de faire de la synthèse, nous ne concevons pas pourquoi les divers auteurs qui, comme Toullier, Larombière et Planiol ont observé qu'il y a deux sources principales des obligations, ne sont pas allés jusqu'à dire que les obligations conventionnelles sont elles aussi des obligations légales, puisque en somme c'est la loi civile qui consacre toutes les obligations, quelque soit leur nature.

Considérant comme obligations légales, toutes les obligations établies par le Code dans sa tentative de classification, M. Goublet arrive finalement à la conclusion qu'il faut supprimer purement et simplement l'expression de quasi-contrat.

Exactement comme M. Goublet, M. Henri Vizioz (2), dans une remarquable thèse, soutient que la notion de quasi-contrat, loin de répondre à un critérium précis,

(1) Josserand L., *op. cit.*, p. 6, t. II.

(2) Vizioz H., *La notion de quasi-contrat*, thèse, Bordeaux, 1912.

semble au contraire masquer la véritable nature juridique des opérations qu'elle abrite. Les obligations qu'on y ramène, dit-il, « naissent de sources bien différentes : tantôt la volonté joue un rôle dans la formation du rapport et tantôt elle y demeure étrangère ; lorsqu'elle se manifeste, elle émane soit du créancier, soit du débiteur » (1).

Nous pouvons dégager un point essentiel qui se trouve à la base du raisonnement de M. Vizioz, point par lequel il se rattache beaucoup à la notion de quasi-contrat telle qu'elle est présentée par M. Demogue. C'est que la volonté, élément nécessaire du rapport juridique, peut émaner du créancier.

Pour finir, M. Vizioz, reprenant les termes de M. Jitta (2), estime — tout comme lui — que la notion de quasi-contrat est inutile, dangereuse et fausse.

Inutile parce qu'elle n'est d'aucun secours pour fixer la substance des obligations qu'on veut lui rattacher.

Dangereuse parce qu'elle fait naître une assimilation trompeuse avec le contrat.

Enfin elle est fausse parce qu'elle groupe un certain nombre d'obligations bien différentes par leur nature et leur origine et les empêche ainsi de trouver leur place naturelle dans une classification scientifique.

Le quasi-contrat est, dit M. Vizioz d'une façon très suggestive, « le bassin douteux et mal connu dans lequel on jetait autrefois tout ce qui ne rentrait pas dans les autres catégories. Le quasi-contrat a d'ailleurs perdu peu à peu de son importance à cet égard, à mesure que s'est

(1) Vizioz H., *La notion du quasi-contrat*. Thèse, Bordeaux, 1912, p. 281.

(2) Jitta, *La substance des obligations dans le droit international privé*, 2 vol., La Haye, 1907.

dégagé le rôle de la loi comme source d'obligations, beaucoup plus séduisante » (1).

Nous avons laissé pour la fin de notre étude sur le quasi-contrat les opinions de M. Demogue.

Peut-être, chronologiquement, on aurait du placer l'œuvre monumentale de M. Demogue comme l'avant-dernière dans notre aperçu sommaire sur le quasi-contrat, car les études les plus récentes là-dessus, sont dues à MM. Planiot et Ripert, sans plus citer l'ouvrage de M. Josserand, dont on a par ailleurs parlé.

Cependant, nous croyons que nous n'exagérons point en soutenant que M. Demogue se trouve être aujourd'hui le maître absolu et suprême de la science juridique des obligations, pas uniquement en France, pas uniquement en Europ  , — car la science ne peut et ne pourra jamais être barr  e par les délimitations territoriales, qui ne sont à notre avis que des simples fictions politiques, — mais partout où l'évolution des institutions politiques, sociales et juridiques marque les traits caractéristiques du monde civilisé. C'est pourquoi il nous paraît utile de donner à la fin de notre humble travail sur la notion du quasi-contrat, sur ses éléments essentiels, sur les différentes catégories de quasi-contrat et généralement sur la classification des sources des obligations, l'avis ayant à coup sûr le plus d'autorité de M. Demogue.

C'est de la même façon que nous allons procéder en étudiant les autres sources des obligations, pour avoir ainsi une idée générale, bien calquée sur notre esprit, une vue

(1) Vizios H., *op. cit.*, p. 315.

d'ensemble qui pourra nous guider solidement sur le difficile chemin de nos modestes recherches de demain.

Nous dégagerons la pensée de M. Demogue et son intégrale logique, ainsi que la marche de son raisonnement dans son *Traité des obligations*, et aussi dans une étude antérieure sur la *Classification des sources des obligations*, parue en 1915 (1).

M. Demogue constate que la classification établie par Gaius, après être passée dans l'ancien droit, après avoir été adoptée par Pothier dans son *Traité des obligations*, après avoir été consacrée de façon implicite dans le Code civil, ne peut plus satisfaire aux exigences du droit moderne. Il faut par conséquent trouver les moyens de la remplacer, de pouvoir substituer une autre classification plus rationnelle à celle par trop vieillie.

La question la plus difficile, d'après M. Demogue, serait celle de savoir quelle place il convient de donner au quasi-contrat dans cette nouvelle classification.

Car, comme tous les autres civilistes, M. Demogue estime qu'il s'agit là d'une notion qui reste assez fuyante.

Le mot quasi-contrat, substantif créé par le Code civil, est parfaitement défectueux, parce qu'il n'y a pas une sorte de contrat qui soit sous-entendu dans le cas de gestion d'affaires.

On ne peut jamais dire, comme l'a démontré M. Planiol, qu'un débiteur est tenu presque comme d'un contrat. On peut au maximum dire qu'il est tenu de la même façon qu'en vertu d'un contrat.

M. Demogue ne partage pas, si peu que ce soit, l'avis du

(1) Demogue R., *Classification des sources des obligations*, article paru dans *Scritti giuridici dedicati ed offerti a Giampaetro Chironi*, p. 104 et suiv.

grand civiliste français. Car d'abord M. Demogue ne voit nullement l'idée d'enrichissement sans cause à la base du quasi-contrat.

Pour exemplifier ses dires, M. Demogue nous montre comment cette façon d'envisager la question de M. Planiol ne correspond pas à certaines règles bien établies en matière de gestion d'affaires, c'est-à-dire en matière d'un quasi-contrat type. Ainsi le maître est tenu de rendre au gérant d'affaires les diverses dépenses utiles et nécessaires que celui-ci aurait faites, bien que l'enrichissement produit ait pu disparaître (1).

L'exemple et l'argumentation de M. Demogue nous paraissent fort intéressants. Cependant nous croyons qu'il s'agit là d'un cas tout à fait exceptionnel. Car, en effet, il y a toujours un enrichissement, un état de fait bien déterminé qui a existé à un moment donné. Il est fort possible que par la suite des événements ou par l'enchaînement des circonstances fort variées, cet enrichissement disparaisse.

Il suffit, pour prendre l'exemple même donné par M. Demogue, de voir une maison réparée par les soins du gérant et détruite par un incendie ; et il suffit ensuite de se trouver généralement en face d'un cas fortuit ou de

(1) Une règle généralement admise en matière d'enrichissement sans cause veut que celui-ci soit remboursé uniquement s'il subsiste et dans la mesure où il subsiste au moment de l'action. C'est pour cela que, dans le cas de gestion d'affaires, M. Demogue estime que ce quasi-contrat ne peut pas se traduire par un enrichissement car le gérant aura toujours la possibilité de recouvrer ses dépenses, indépendamment de tout enrichissement. La chose est très exacte si on envisage telles quelles les choses. Mais nous estimons qu'il faut donner toute une autre réglementation à l'*in rem versum*, qu'il faut apporter un changement radical, dont nous parlerons par ailleurs plus loin. Et à la suite de cette nouvelle réglementation, l'hypothèse de M. Demogue cadrera très bien avec la théorie de M. Planiol.

force majeure. Et même, si on allait sur une voie beaucoup plus large, on pourrait prendre le cas d'une gestion d'affaires, gestion suivie pendant un certain nombre d'années, interrompue après par un fait tout à fait imprévu, une guerre par exemple, et continuée après de nouveau. Le gérant, au moment où il se décide de gérer bénévolement les affaires d'autrui, tout en y apportant les soins d'un bon père de famille, ne songe nullement à établir entre lui et le maître une sorte de contrat et à y introduire parmi d'autres, ou à y laisser présumer qu'il en pensait la clause *rebus sic stantibus*. Or voilà que le maître profite beaucoup par suite de la gestion et que son patrimoine gagne une forte plus-value par rapport à ce qu'il était au moment où le gérant a commencé sa gestion. Intervient la guerre. Une forte dépréciation monétaire s'en suit. Prenons par exemple un immeuble qui vaut 700.000 francs. Il en vaut 1.000.000 après les réparations du gérant et avant la guerre. Il en vaut 3 millions après la guerre. Malgré cette différence, le maître se trouve appauvri, car la valeur de la monnaie est d'environ 5 fois moindre. Par conséquent, il se trouve appauvri de 400.000 francs par rapport à la valeur d'avant-guerre de son immeuble réparé. Et, plus encore, il se trouve appauvri de 100.000 francs par rapport à la valeur de l'immeuble, avant que la gestion ne commence.

Cependant, il n'est pas moins vrai que dans ce cas tout à fait exceptionnel, un cas d'imprévision, comme dans tous les cas fortuits ou de force majeure, il y avait à un moment donné un enrichissement dans le patrimoine du maître et qu'il importe de restituer cet enrichissement — quoiqu'il n'existe plus et que par contre le maître se trouve même appauvri — à celui qui l'a procuré. L'obli-

gation du maître de rembourser le gérant de ses dépenses dérive d'un acte injuste qui n'est justement que cet enrichissement obtenu grâce à son gérant.

Et si, par suite de ces événements tout à fait inattendus, cet enrichissement n'existe plus, si, plus encore, non seulement qu'il n'existe plus, mais le maître se trouve même appauvri, il reste néanmoins une obligation à sa charge, et cette obligation n'est autre que celle qui a pour cause directe et immédiate l'enrichissement produit aux dépens du gérant, enrichissement dont il a profité ou dont il aurait pu profiter un certain laps de temps.

Nous apportons en faveur de nos dires l'argumentation de MM. Aubry et Rau qui, eux aussi, estiment « qu'on doit accorder au gérant la répétition des dépenses qui ont été utilement faites au moment où elles ont eu lieu ». Et ils ajoutent, ce qui est essentiel pour nous, que cette répétition doit avoir lieu « quoique, par suite de circonstances imprévues, l'avantage qui devait en résulter, ne se soit pas réalisé, ou qu'il ait cessé » (1).

Il suffit donc qu'un enrichissement existe à un moment donné ; peu importe ce qui arrive par la suite. L'obligation de rembourser naît déjà en la personne du possesseur de cet enrichissement et ne peut plus être écartée que par le remboursement intégral de la valeur dont elle s'est trouvée à un moment donné enrichie.

Voilà pourquoi nous partageons à cet égard les idées de M. Planiol et indirectement de Toullier et nous estimons à notre tour que tout quasi-contrat repose, en dernière analyse, sur l'idée d'enrichissement sans cause.

Mais, ce qui sépare M. Demogue de presque la totalité

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VI, p. 299, 5^e éd.

des auteurs modernes, c'est la façon dont il cherche de classer les sources des obligations et par là le côté juridique nouveau, côté pour ainsi dire traditionnel, parce que établi par le Code lui-même et tout de même nouveau parce que ce n'est pas du tout sous le même aspect qu'il est envisagé par la doctrine moderne. C'est ici que rayonnent les traits caractéristiques d'un raisonnement approfondi, qui n'est pas que pure logique et subtilité juridique.

Et, nous le disons dès le premier abord, c'est cette classification et surtout cette manière de concevoir le quasi-contrat que nous admettons et que nous aurions aimé voir triompher dans le projet franco-italien. Celui-ci, pour des raisons dont nous avons parlé, s'est borné à se taire complètement sur la notion de quasi-contrat et à la bannir purement et simplement du vocabulaire du droit, se conformant probablement avant et surtout à un courant d'idées fort puissant qui était manifestement réfractaire à la notion de quasi-contrat.

Pour notre part, si nous avons donné presque toute l'opinion doctrinale concernant les quasi-contrats, et si maintenant nous allons développer l'opinion de M. Demogue et par là même la nôtre aussi, c'est qu'il nous semble que la notion du quasi-contrat doit subsister, mais qu'elle doit être autrement comprise, autrement entendue, que sa signification doit être différente de celle qu'on lui donne généralement et que, — ainsi envisagée, — elle doit faire l'objet d'un article spécial du projet franco-italien, projet qu'on ne saurait introduire en Roumanie qu'après lui en avoir fait subir une révision qui, d'après nous, s'imposerait.

Sans trop s'écarter d'une classification qui, à défaut

d'autres mérites, a sûrement celui d'être traditionnelle et d'avoir en tant que cela pénétré dans l'esprit juridique des peuples latins, après être passée par l'éternelle enclume des générations, les unes après les autres, M. Demogue présente une classification des sources des obligations sous une forme nouvelle.

Il y a, dit M. Demogue, des obligations qui résultent uniquement de la loi, de sa volonté, des obligations dont on ne peut pas chercher la cause dans la volonté individuelle, parce qu'elles n'ont aucun rapport avec aucun acte de volonté. C'est, par exemple, l'obligation du tuteur forcé d'accepter la tutelle ou encore l'obligation alimentaire.

Ce sont là des cas où la volonté de l'obligé n'a aucun rôle ou tout au plus elle a un rôle insignifiant.

Il y a en échange d'autres obligations où la volonté est l'élément prépondérant de l'engagement. Et alors, d'après les possibilités de jeu de cet élément, on peut distinguer trois sortes de sources d'obligations :

1^o Les obligations qui dérivent de la volonté du débiteur d'accord avec le créancier et, par conséquent, du contrat qui n'est autre chose qu'un concours de volontés ;

2^o Celles qui résultent de la volonté du débiteur seul et par conséquent du délit ou du quasi-délit, suivant qu'on se trouve en face d'un acte intentionnel ou uniquement d'une imprudence, quoi que cette distinction soit presque complètement abandonnée aujourd'hui ;

3^o Enfin, les obligations qui résultent de la volonté du créancier seul.

Cette dernière obligation serait celle dont la source est le quasi-contrat.

M. Demogue estime, et c'est là le point essentiel qui le sépare de la majorité des auteurs modernes, qu'il est

nécessaire d'insister sur l'idée qu'une obligation peut naître de la volonté du créancier. Car, si dans les derniers temps, on a beaucoup parlé des obligations qui naissent par volonté unilatérale, on sous-entendait par là les obligations qui naissent par la volonté du débiteur. Or, M. Demogue fait remarquer que la solution qu'il envisage et à laquelle il apporte son grand appui d'argumentation corroboré par son non moins grand appui moral, est bien la solution traditionnelle.

Ainsi Pothier, dans son *Traité des obligations*, par la définition qu'il donne du quasi-contrat, montre bien l'idée maîtresse que M. Demogue défend, à savoir qu'une obligation peut naître par un acte de volonté émanant de la part du créancier.

De même, Savigny, dans son *Traité des obligations*, parle de l'obligation pour la formation de laquelle il faut un acte volontaire qui émane du débiteur aussi bien que du créancier.

De même le Code civil, dans l'article 1371, parle des faits, ayant pour résultat un engagement quelquefois réciproque des deux parties.

En effet, sauf Baudry Lacantinerie et Barde, presque tous les auteurs que nous avons cités ne s'arrêtent pas longtemps sur cette idée et paraissent ne pas faire trop de confiance à la volonté, élément créateur d'obligations, du créancier.

Dans son argumentation, M. Demogue s'élève, et par là il se sépare beaucoup de M. Planiol, contre les conceptions qui se trouvent être à la base même du droit durant le XIX^e siècle, contre ses traits dominants durant cette époque et par conséquent contre son individualisme. En effet, on ne peut jamais dire que l'homme est libre

dans la mesure où la loi ne l'oblige pas et où sa propre volonté ne s'est pas engagée.

Nous vivons tous en société, car isolément nous ne pouvons pas exister. C'est là peut-être un fait antérieur à notre consentement, supérieur à notre volonté. Et c'est pourquoi, disait Léon Bourgeois, que l'homme naît débiteur de la société humaine.

Et le droit civil, avant de s'occuper de l'individu, en tant qu'atome de la grande molécule sociale, avant de s'occuper de sa liberté, doit se préoccuper des nécessités que l'ensemble des vies individuelles engendrent, des nécessités sociales, du besoin et de l'utilité d'apporter des entraves à la façon de chacun de jouir et d'exercer de sa liberté.

« Il ne faut pas, dit M. Demogue, s'occuper exclusivement d'assurer l'indépendance des individus ; il faut encore tenir compte de ce que la liberté des individus est subordonnée au bien général dans une mesure que la loi positive a à déterminer. Par un seul acte de sa volonté le créancier peut faire naître à l'encontre des tiers certains droits. Il peut en quelque sorte pénétrer dans le patrimoine d'autrui pour y faire naître une dette à son profit, parce que l'acte qu'il accomplit pour le faire naître est conforme à un certain intérêt collectif. Le débiteur n'est pas obligé exclusivement quand il l'a voulu. Il est aussi tenu lorsque la volonté d'une autre personne, en s'exerçant conformément à certains intérêts, l'a décidé ainsi » (1).

Envisagée de cette manière, la notion de quasi-contrat présente d'incontestables avantages, et nous ne sommes

(1) Demogue R., *Scritti giuridici dedicati ed offerti a Giampaetro Chironi*, p. 113 et suiv.

que plus étonnés de constater le silence du projet franco-italien sur les obligations.

Car si, peut-être les auteurs du *xix^e* siècle et même du *xx^e* siècle ont vivement combattu cette notion, c'est parce que leurs opinions étaient largement influencées par les idées purement individualistes qui se trouvaient à la base du Code de 1804. Mais, depuis lors, les changements intervenus dans la marche de la société ne sont point négligeables.

Depuis lors, une autre notion tend à se substituer à celle, vieillie aujourd'hui, de l'individualisme. Ce n'est plus l'individu, mais c'est la collectivité qui compte ou, si l'on veut, c'est l'individu mais envisagé uniquement par le prisme social.

De sorte que, si à cause de sa sphère d'imprécision, d'incertitude qui enveloppait le quasi-contrat, on peut trouver certaines raisons d'être plus ou moins péremptoires aux opinions qui se sont fait jour jusqu'ici, on ne peut pas en trouver une seule raison suffisante qui puisse justifier le silence des rédacteurs du projet franco-italien.

Il ne faut pas oublier que la naissance de ce monument législatif se place justement au milieu des changements, des bouleversements sociaux sans cesse grandissants ; que si les relations juridiques, le commerce juridique toujours croissant entre les individus, exigent l'unité du droit, du « droit des affaires » surtout entre tous les pays, il ne faut pas oublier que ces relations ne sont qu'une seule des manifestations de cette vie collective, de la vie en société, de l'existence commune qui tend à devenir la loi de tous les humains.

Or, le projet franco-italien, par le développement d'un nouvel instrument juridique — le quasi-contrat social —

devait favoriser les exigences de notre époque et favoriser le mouvement d'idées qui conduit au grand mouvement social et tend à gagner toujours plus de terrain. L'absence complète de définition du quasi-contrat dans le projet franco-italien sur les obligations s'explique peut-être uniquement parce que cela a paru aux rédacteurs de ce projet une notion purement scientifique.

Quels sont dès lors les avantages que présente la notion de quasi-contrat, telle qu'elle est dégagée par M. Demogue ?

D'abord, pour commencer par le général, on doit dire que telle qu'elle vient d'être étudiée, la théorie du quasi-contrat marque une marche de plus sur l'échelle de l'évolution.

Elle explique très adroitement les divers cas dans lesquels les auteurs parlent de quasi-contrat : la gestion d'affaires, le paiement de l'indû ou l'*actio de in rem verso*.

On pourrait même dire, comme le remarque M. Demogue, que les cas de quasi-contrats sont ceux où « une personne, par sa volonté, a agi conformément à un intérêt général ».

Mais nous croyons que dans ce cas on risque d'élargir *in infinitum* l'application des quasi-contrats, d'en établir une catégorie extrêmement vaste.

En somme, faire appel à la notion abstraite d'intérêt général, c'est là un beau dessein, mais un dessein plutôt théorique ; car, lorsqu'on se trouve devant le jeu des réalités, on peut — et à juste titre — se demander où commence et où se termine l'intérêt général, quelle est en somme la frontière entre l'intérêt particulier et subjec-

tif et l'intérêt collectif et objectif. Peut-être le développement intellectuel de demain pourra-t-il établir les lois foncières et délicates de la nature humaine, montrer quand l'être individuel doit savoir se plier au bien général, déterminer surtout le fond, la matière substantielle de ce bien être et fixer ainsi avec plus de netteté ce que la difficile épreuve des siècles n'a pas réussi à faire jusqu'à présent.

Ravis donc de la nouvelle base et des caractères du quasi-contrat que M. Demogue vient de mettre sous un jour nouveau, et tout en embrassant son point de vue, nous ne pouvons pas, peut-être par trop sceptiques, voir passer dans la catégorie des quasi-contrats tous les cas où, par leurs volontés, certaines personnes agissent en se conformant à un intérêt général.

Car dans la société d'aujourd'hui, où il subsiste encore des différences sensiblement grandes concernant le degré d'instruction des individus, où par conséquent on est loin de se trouver en face d'une masse homogène, permettre à chacun de se tracer à soi-même une sphère générale et objective de l'intérêt général et abstrait par rapport à son intérêt, essentiellement subjectif, palpable et concret, c'est ouvrir le chemin aux abus les plus grands.

Considérant avec beaucoup d'intérêt la nouvelle conception du quasi-contrat, nous voyons, selon les termes de M. Demogue, dans le droit d'une personne de se rendre elle-même créancière, par sa propre volonté, et parce qu'elle agit dans un but d'utilité collective, un germe de progrès. Mais nous ne pouvons pas donner libre cours à la création de l'imagination humaine, et c'est pourquoi, sans considérer comme quasi-contrats tous les cas où une personne, par sa volonté, agit conformément à un intérêt

général, nous trouvons un champ d'application beaucoup plus restreint à cette théorie.

En termes généraux, on doit admettre la faculté de se rendre créancier par sa volonté, grâce aux quasi-contrats, « dans tous les cas où le créancier aura accompli un acte socialement utile, en prenant évidemment ce terme dans un sens très large ».

Mais, pour la sauvegarde des droits des tiers, il faut savoir trouver des limites à la générosité de cette idée.

La nouvelle classification des sources des obligations, telle que M. Demogue la conçoit, fait ressortir un point essentiel, à savoir que si les obligations découlent du fait du créancier, c'est bien ce fait là qui fera l'objet des préoccupations des jurisconsultes.

Un second avantage qu'on peut tirer du nouvel aspect sous lequel se présente le quasi-contrat, c'est que, envisagée de cette façon, la notion de quasi-contrat explique très bien les effets que l'obligation quasi-contractuelle engendre.

Du moment qu'une personne, uniquement par un acte de sa volonté, se trouve engagée, du moment que, étant dans l'alternative de faire telle chose ou de ne point la faire, ses préférences ont embrassé la première hypothèse, il est bien évident que l'on doit se montrer parfaitement exigeant vis-à-vis de cette personne qui s'est enchaînée sans qu'elle soit obligée, uniquement parce qu'elle l'a voulu.

Et naturellement c'est l'équité même qui demande qu'on se comporte avec beaucoup moins de rigidité envers la personne qui, se trouvant sans sa volonté engagée, ne pourrait vraiment pas supporter le fardeau d'une obligation trop lourde,

C'est là la raison d'être d'une législation dont de telles dispositions ne la rendraient que plus logique, et c'est par un habile enchaînement des faits qui découlent les uns des autres que l'on arrive, grâce à M. Demogue, à ce résultat de pure logique.

Il faut d'ailleurs agir avec prudence car, si l'on faisait preuve d'une sévérité excessive à l'égard du premier, de telles ingérences ne se produiraient plus et le quasi-contrat, si utile soit-il, ne jouera plus aucun rôle.

La classification de M. Demogue a par conséquent aussi le grand mérite de nous mettre sur cette voie où les données théoriques peuvent trouver des consécérations pratiques.

C'est ce qu'on peut déduire de l'exemple choisi par M. Demogue même. Le gérant d'affaires sera tenu de continuer la gestion, d'éviter toute faute même légère, d'apporter, en un mot, tous les soins à la gestion. C'est une charge suffisamment lourde. On la lui impose cependant parce que le gérant d'affaires est devenu tel, uniquement parce qu'il l'a voulu (1).

Au contraire, à l'égard du maître on se montrera plus circonspect, parce qu'il se trouve être obligé sans sa volonté.

Voilà par conséquent des réalisations d'ordre pratique qui découlent nettement de cette idée de bon sens qui vient forger une nouvelle image du quasi-contrat.

Enfin, la classification de M. Demogue est très intéres-

(1) Nous ne partageons pas l'idée de M. Goublet qui soutient qu'il est conforme à la raison que la loi favorise l'initiative du tiers bienveillant (Voir Goublet, *op. cit.*, p. 16). Nous estimons uniquement que la loi ne doit pas se montrer trop sévère et empêcher, par sa lettre, des initiatives qui peuvent avoir une grande utilité sociale.

sante, parce que, de même qu'on peut grouper les sources des obligations en prenant pour base la volonté humaine, de même, prenant toujours pour fondement le même élément générateur de droit, on peut systématiser les causes de modification et d'extinction des obligations selon que ces obligations seront modifiées ou éteintes par la commune volonté des parties ou uniquement par un acte de volonté de chacune des parties prises à part.

C'est là le grand avantage de toute classification juridique ; car, établissant des catégories bien déterminées pour les choses similaires et évitant la connexion entre le semblable et le disparate, elle fixe une fois pour toutes les traits généraux d'un tableau simple et rationnel sur le système duquel on tâchera de calquer tous les faits analogues.

Il importe maintenant, après avoir démontré dans les grandes lignes la façon d'envisager les quasi-contrats par la doctrine française et pour pouvoir en tirer une idée générale des différentes critiques formulées à leur égard, ainsi que de la façon dont on doit les comprendre après leur avoir donné la possibilité de survivre à toutes ces critiques, il importe de connaître l'avis des jurisconsultes roumains dans cette matière tellement broussailleuse.

Quelle est donc l'opinion des civilistes roumains les plus réputés, sur les quasi-contrats ?

Nous n'indiquerons que trois auteurs dont la renommée ne peut trouver d'équivalent que dans leur parfaite autorité de juristes réputés et dans leur profonde et substantielle connaissance des questions juridiques. Nous entendons par là parler, suivant un ordre chronologique,

de MM. Matieu B. Cantacuzino, Démètre Alessandresco et Georges Plastara.

M. Cantacuzino ne partage pas du tout le point de vue de ceux qui suivent la classification traditionnelle des sources des obligations. Il estime en effet que dans les droits réels ainsi que dans les droits inhérents à chaque personne, droits qui consistent dans un rapport d'ordre universel et absolu, obligeant chacun de respecter le droit d'autrui, le rapport proprement dit d'obligation ne naît que lorsqu'on atteint une des facultés ou des prérogatives englobées dans le droit réel ou dans la liberté individuelle (1). Dans ce cas l'obligation ne dérive pas directement du droit réel ou inhérent à la personne, mais du fait de celui qui ne respecte pas le droit d'autrui, fait qui constitue une *culpa*, c'est-à-dire un délit ou un quasi-délit.

Cette *culpa* n'est donc qu'une transgression du droit subjectif et un empiétement dans le domaine du droit subjectif d'autrui.

C'est bien à cause de cela que M. Cantacuzino estime qu'on peut considérer comme principales sources des obligations le contrat et la *culpa*, c'est-à-dire le tort qui consiste dans l'atteinte nuisible de l'une des prérogatives englobées dans un droit réel ou dans un droit inhérent à la personne d'autrui.

Dans la grande catégorie de la *culpa*, il introduit le délit et le quasi-délit et aussi le principe de l'enrichissement sans cause.

Quant au quasi-contrat, fait volontaire, licite et utile d'une personne pour une autre personne, fait duquel la loi fait naître un rapport d'obligation entre l'auteur et le

(1) Cantacuzino B. M., *Curs de drept civil*, p. 420 et suiv., 2^e éd. revue et complétée, Craiova.

bénéficiaire du fait, comme s'il existait entre ces personnes un rapport contractuel, M. Cantacuzino estime qu'il s'agit là d'une création moderne, absolument inutile.

Le raisonnement de M. Cantacuzino nous paraît trop circonspect, ne voulant nullement transgresser certains principes qui, quoique émis par un juriste distingué, ne peuvent quand même pas échapper à la critique.

On ne peut en effet jamais concevoir certaines idées que des recherches, fussent-elles laborieuses, ont fait naître, comme des données de la raison et de l'équité pure. Vouloir ramener les diverses sources des obligations à deux, c'est là une idée qui pourrait peut-être se défendre. Mais englober et entasser tout ce qui ne peut pas rentrer dans la catégorie des contrats dans une autre catégorie, qu'à notre connaissance aucun des auteurs d'une renommée certaine n'a fait entrevoir, c'est là étendre à l'extrême le fil conducteur d'un principe.

En effet, il nous paraît presque impossible de concevoir comment un principe comme celui de l'enrichissement sans cause, principe qui, envisagé du côté qui nous intéresse maintenant, nous apparaît comme source d'une obligation de restitution ou de dédommagement, peut se trouver à l'aise dans la catégorie de la *culpa*.

De même on pourrait se demander comment des obligations qui naissent d'une gestion d'affaires dérivent de l'idée de *culpa*. Car n'oublions pas qu'il s'agit là d'une notion prise dans un sens bien déterminé, strictement limité, d'une notion qui comprend le délit ou le quasi-délit. Or, nous ne voyons pas comment les obligations du gérant ou les obligations qui sont réciproquement à la charge du gérant et du maître d'affaires dérivent d'un délit.

On ne peut pas dire que l'obligation du gérant de mener à bonne fin la gestion naît d'une *culpa*, d'un délit, comme on ne peut pas non plus dire qu'elle naît de la convention qu'il pouvait y avoir entre le gérant et le maître d'affaires, la gestion étant une immixtion dans les affaires d'autrui, à l'insu du propriétaire.

L'obligation du gérant naît de son acte volontaire, de l'immixtion dans les affaires d'autrui. Cette obligation a pour cause directe et immédiate l'immixtion.

On pourrait, peut-être, défendre l'idée qu'une immixtion dans les affaires d'autrui qu'on ne gère pas bien, constitue par elle-même une *culpa*. Mais on ne peut jamais dire que la source de l'obligation du gérant dérive de cette *culpa*, parce que cette obligation naît en même temps que le gérant se décide de gérer l'affaire d'autrui, et la *culpa* peut paraître uniquement par la suite, lorsque le gérant n'apporte pas tous ses soins à la gestion.

On pourrait donc soutenir que le motif juridique de la responsabilité du gérant est constituée par le fait que l'immixtion dans les affaires d'autrui mal gérées représente, par elle-même, une *culpa* ; mais cela ne veut nullement dire, comme le soutient M. Cantacuzino, que l'obligation qui pèse sur le gérant tire sa source, trouve son existence même dans cette *culpa* ; car, comme nous venons de le démontrer, cette *culpa* ne fait son apparition comme élément constitutif d'une obligation, l'obligation de dédommagement, que beaucoup plus tard, lorsqu'une gestion mauvaise nuit aux intérêts du maître, tandis que l'obligation de bien gérer l'affaire est de beaucoup antérieure, qu'elle est concomitante au fait volontaire qu'implique l'immixtion volontaire et bénévole dans les affaires d'autrui.

C'est pour ces arguments qui nous paraissent suffisamment clairs et importants que nous repoussons la classification des sources des obligations et son argumentation, telle qu'elle nous est présentée par M. Cantacuzino.

M. Démètre Alexandresco (1) suit parfaitement bien la classification traditionnelle des obligations. Il distingue donc plusieurs sources d'obligations, à savoir : les contrats, les quasi-contrats, les délits, les quasi-délits et la loi. Il commence l'étude des diverses sources des obligations en mettant en tête les obligations légales. On ne sait pas s'il agit de cette manière en considérant que les obligations légales sont les plus importantes.

Quant aux quasi-contrats, M. Alexandresco ne critique pas la notion en elle-même et ne prend aucun parti en ce qui concerne la question de savoir s'il faut faire rentrer dans cette catégorie d'autres quasi-contrats, c'est-à-dire ceux qu'une grande partie des auteurs sont enclins à y incorporer, ou s'il faut s'en tenir à ceux déterminés par le Code civil en les considérant comme faisant l'objet d'une énumération limitative. Par la suite, il consacre ses efforts à l'étude des deux quasi-contrats énoncés par le Code civil roumain comme d'ailleurs par les Codes civils français et italien, la gestion d'affaires et le paiement de l'indû.

D'après M. Georges Plastara, les sources des obligations, telles qu'elles dérivent du droit romain, telles qu'elles sont

(1) Alexandresco D., *Principiile Dreptului român*, t. III, Bucarest, 1926.

consacrées par les anciens jurisconsultes comme Pothier et Domat, telles qu'on pourrait les compléter aujourd'hui, en ajoutant éventuellement la déclaration unilatérale de volonté, peuvent faire l'objet d'une classification uniquement dualiste (1).

Car les contrats, les quasi-contrats, les délits, les quasi-délits et la déclaration unilatérale de volonté ne sont que des sources qui émanent du fait de l'homme et, c'est uniquement la loi, qui doit être considérée comme une source distincte des obligations.

Par conséquent les faits générateurs de toute obligation seraient en réalité deux : les faits ou les actes de l'homme et la loi.

Nous savons bien, car nous l'avons indiqué, qu'il y a un grand nombre d'auteurs qui ont élaboré le principe suivant lequel il n'y aurait que deux sources d'obligations. Seulement ces juristes qui, comme MM. Planiol et Ripert, ont fait valoir cette idée, ont bien démontré en même temps que cette double source d'obligations serait le contrat d'abord, la loi ensuite.

Comme nous l'avons fait à notre tour, M. Plastara critique le système de ces jurisconsultes. Il fait remarquer que, si ces auteurs restaient fidèles aux principes par lesquels ils se laissent guider dans cette classification, ils devraient englober le contrat dans la grande rubrique dont l'égide est bien la loi ; car, dit M. Plastara, « c'est toujours la loi qui donne au contrat le pouvoir d'être une source d'obligations, et c'est toujours la loi qui fait que les obligations conventionnelles peuvent être réalisées par la contrainte ».

(1) Plastara G., *Curs de drept civil român*, t. IV, p. 43 et suiv.

Et là M. Plastera ajoute un argument de plus en faveur de sa thèse et dit que ces auteurs, établissant une pareille classification sont dans leur tort, car il y a une différence essentielle entre les obligations légales, c'est-à-dire celles qui naissent réellement de la loi, et les obligations qui naissent des quasi-contrats, des délits et des quasi-délits. C'est que dans les premières nous ne rencontrons nullement le fait de l'homme, tandis que dans les dernières on rencontre l'homme en tant qu'agent, en tant que cause des obligations qui naissent de ces trois sources.

Donc, pour M. Plastera, les sources des obligations se résument à deux : les actes, les faits de l'homme et la loi.

Quant à ces faits, ils peuvent être de deux sortes : les faits licites et les faits illicites.

Les faits licites sont les contrats, les quasi-contrats et la déclaration unilatérale de volonté.

Les faits illicites sont les délits et les quasi-délits.

Pour juger à fond la notion de quasi-contrat, pour voir quelles sont leurs conditions d'existence, M. Plastera ne fait que tirer les éléments du quasi-contrat du Code civil roumain, en faisant l'analyse de l'article 986.

Nous avons indiqué par ailleurs que cette définition, empruntée par le législateur roumain au Code civil italien, article 1140, est bien supérieure à celle fournie par le Code civil français, parce qu'elle met en relief la notion de « licite », l'élément de licéité qui fait défaut dans la définition française.

Ainsi donc, M. Plastera, énumérant les conditions d'existence du quasi-contrat, estime qu'elles se ramènent à trois :

- a) le fait isolé d'une seule personne ;
- b) le caractère licite de ce fait, et c'est par là que le

quasi-contrat diffère du délit ou du quasi-délit; et enfin c) la condition que ce fait soit volontaire.

Il s'agit par conséquent d'un fait licite et volontaire de l'homme, et c'est par quoi le quasi-contrat, source d'obligations, se distingue de la loi envisagée également comme source d'obligations.

Nous ne pouvons pas dire, comme le fait M. Plastara, pour préciser la notion du quasi-contrat et pour la distinguer de la loi que les obligations qui dérivent de la loi correspondent à un intérêt général, et qu'en ce qui concerne les autres obligations, leur source principale est la volonté, le consentement des parties. Car nous estimons qu'on ne peut pas établir de telle façon un critérium de distinction.

N'oublions pas qu'il faut aujourd'hui songer à l'effet et aux répercussions variées que chacun de nos actes aura sur toute la communauté de nos semblables. Faire des projets et préconiser des solutions dont il résulte un avantage pour celui-là même qui les a faits, c'est là un problème qui fait partie intégrante du domaine naturel des aspirations humaines; mais, ne voir les choses que d'un point de vue individualiste, ne vouloir connaître que ce côté-là et mépriser un intérêt général, c'est ne pas suivre l'évolution qui pourtant s'impose à la science juridique, une science avant et surtout sociale. C'est pourquoi nous estimons que c'est méconnaître en quelque sorte la structure psychique de la nature humaine que de dire que la loi, et elle uniquement, peut faire naître des obligations qui répondent réellement à un intérêt collectif.

Avant la loi, c'est l'individu, l'individu pris à part, la structure qu'il se forge lui-même par la méditation et l'expérience, qui formule la notion d'intérêt général et

qui cherche à l'atteindre, autant que possible, par ses actions journalières.

Et alors apparaît en pleine lumière et triomphe cette nouvelle notion, celle qui nous est révélée par M. Demogue, la notion du quasi-contrat *latissimo sensu*, le quasi-contrat social.

Quant à la question de savoir quel est le fondement de cette notion de quasi-contrat et s'il y a d'autres quasi-contrats en dehors de ceux dont nous parle le Code civil, M. Plastara estime qu'on ne peut pas faire reposer cette notion sur la théorie de l'enrichissement sans cause comme on a essayé de le faire, car il y a bien des cas où il y a lieu de faire application de cette idée et où l'on ne peut pas tout de même parler de quasi-contrat.

Il s'approche par conséquent à ce point de vue de l'opinion de M. Demogue et aussi de celle de M. Vizioz qui, lui aussi, repousse l'idée suivant laquelle tout quasi-contrat repose sur un enrichissement sans cause (1).

Comme, pour notre part, nous appuyons avec énergie la théorie de M. Planiol, et nous en avons montré pourquoi, nous pouvons répondre aux injonctions de M. Plastara que si tout quasi-contrat repose sur un enrichissement sans cause, il n'est pas du tout nécessaire que chaque enrichissement sans cause se traduise, en dernière analyse, par un quasi-contrat.

Comme la grande majorité des auteurs constituant la doctrine française, M. Plastara soutient qu'il n'existe pas uniquement deux quasi-contrats, ceux dont parle le

(1) Vizioz, *op. cit.* : En effet M. Vizioz trouve qu'il s'agit là de deux institutions tout à fait différentes, que l'enrichissement sans cause n'est pas un quasi-contrat quoique, et cela nous paraît paradoxal, le paiement de l'indû, quasi-contrat type, est une forme de l'enrichissement.

Code; mais qu'on peut établir comme principe que toutes les fois qu'on trouve réunis les divers éléments exigés par le Code, nous sommes en présence d'un quasi-contrat.

En ce qui concerne la notion même de quasi-contrat, sa justification à travers les âges, sa raison d'être d'aujourd'hui — car, sans démontrer le rôle que le quasi-contrat social est appelé à jouer aujourd'hui, il n'est pas de ces auteurs qui parlent d'un bannissement définitif de cette notion — M. Plastara n'en parle nullement. Il s'abstient donc de tout commentaire.

Ayant donné les opinions de ces trois auteurs, nous en avons choisi uniquement les représentants de la pensée juridique roumaine du vieux royaume.

Nous avons dit dans l'introduction de notre étude qu'il y a à l'heure actuelle en Roumanie une série de législations qui se trouvent coexister, car, quoique il y a déjà, comme nous l'avons indiqué, certaines ébauches dans le travail d'unification législative, on n'est pas encore arrivé définitivement à l'unification, à l'application d'une seule loi sur toute l'étendue du royaume uni. Pour concrétiser le désir général, c'est-à-dire pour unifier le droit à l'intérieur du pays, il reste encore un bon chemin à faire.

A ce moment-là, nous faciliterons en même temps les études juridiques parce qu'on ne se trouvera plus en face de conceptions trop divergentes.

Pour l'instant, nous n'avons fait que traduire la conception des auteurs les plus qualifiés et voir leur façon de penser devant les textes du Code civil roumain.

Sur les autres parties du territoire roumain, en dehors du vieux royaume, là où nous voyons subsister les traits dominants de la législation autrichienne ou hongroise, on trouve naturellement des différences sensibles avec le droit roumain du vieux royaume, avec sa physionomie qui — par ailleurs — reflète le droit latin et dont le véritable et réel prisme est bien le Code civil roumain.

Nous voyons ainsi en Bucovine et en une certaine partie de la Transylvanie subsister la loi autrichienne. En ce qui concerne les sources des obligations, nous allons y trouver une classification différente, quoique en apparence la classification adoptée par le législateur autrichien soit identique à celle de Gaius. En effet, le législateur autrichien n'établit qu'une division tripartite des sources des obligations, division qui, d'après l'opinion de M. Negrea, serait supérieure à celle du Code civil roumain (1).

Ainsi les sources des obligations seraient la loi, l'acte juridique, *Rechtsgeschäft*, et le dommage subi.

On peut remarquer que le mot contrat est remplacé par celui d'acte juridique. C'est parce que la sphère d'application de l'acte juridique est de beaucoup plus grande ; il englobe aussi bien la promesse unilatérale, promesse définie par le mot *Auslobung*, c'est-à-dire promesse par publicité ou promesse de récompense.

Le Code autrichien répudie par conséquent les notions de quasi-contrat ou quasi-délit et substitue à la notion de délit celle de dommage subi.

Nous n'essaierons pas de critiquer le système autrichien, car cela dépasserait le champ de notre sujet. Nous l'avons signalé uniquement pour montrer les différences

(1) Negrea C., *Dreptul civil al tinuturilor ardelene si ungurene în comparatiune cu Dreptul civil român*, t. III, p. 9, Cluj, 1923.

de conception qu'on trouve en Roumanie selon que nous envisageons le vieux territoire ou une des nouvelles provinces.

De même, en ce qui concerne le reste de la Transylvanie, là où subsiste encore une certaine influence de la domination hongroise, on peut constater qu'à défaut d'un texte de loi, la doctrine moderne hongroise ne présente qu'une uniformité sous le rapport négatif, selon les mots de M. Camil Negrea ; car la catégorie des quasi-contrats et des quasi-délits est unanimement abandonnée.

Dans cette doctrine hongroise, on trouve énumérées parmi les différentes sources des obligations les actes juridiques, — source englobant à la fois les contrats et les actes juridiques unilatéraux — la « tenue illicite » et « d'autres faits ou circonstances, donc la loi » (1).

Comme nous l'avons dit, nous ne nous attarderons nullement à envisager les différentes sources des obligations, les différentes institutions dont nous parlons dans le droit autrichien et hongrois, car nous prenons comme fondement de nos études juridiques sur cette matière le Code civil roumain et la législation générale du vieux royaume qui sera — espérons-le — dans un avenir bien proche, la législation de la Roumanie tout entière.

Arrivés à la fin de cet aperçu sommaire sur les quasi-contrats, quelle est la conclusion que, selon nous, on peut tirer et quels devraient être les changements qu'il faudrait apporter au projet franco-italien s'il s'agissait de son introduction dans le droit roumain ?

(1) Negrea C., *op. cit.*, p. 8.

En étudiant les différentes critiques dont la notion de quasi-contrat a été l'objet, nous avons exposé — presque après chaque auteur — notre opinion, soit en ce qui concerne la notion de quasi-contrat en elle-même, soit en ce qui concerne son fondement juridique, soit, enfin, la façon dont il faut comprendre dans l'état actuel des choses le quasi-contrat.

Pour résumer notre pensée, nous pouvons commencer par voir le grand tort du projet franco-italien sur les obligations d'avoir abandonné cette notion. En dépit de toutes les critiques et malgré elles, le quasi-contrat ne peut que triompher. Il est ce mal nécessaire sans lequel on serait fort embarrassé d'expliquer de nombreuses institutions juridiques.

Ce qu'il est exactement, on a beaucoup de difficulté à le savoir. Il nous semble que nous pouvons dire que les quasi-contrats sont des faits juridiques qui, pour une raison historique et traditionnelle, engendrent des obligations qui ne sont pas considérées ni comme dérivant d'un contrat, ni comme dérivant d'un acte illicite et ni comme dérivant d'une façon directe de la loi.

Par cette définition, si nous ne réussissons pas parfaitement bien à donner une idée précise du quasi-contrat, nous aboutissons du moins à exclure toute confusion entre le contrat et le quasi-contrat.

En effet toute la différence entre ces deux catégories repose sur la notion de consentement.

Dans les quasi-contrats il n'y a pas d'accord de volontés et par conséquent il n'y a aucun consentement mutuel entre les parties, tandis que l'essence même du contrat est cet accord de volontés, ce consentement réciproque.

Nous ne croyons pas, comme certains auteurs, que

dans le quasi-contrat il y a aussi un consentement qui, à la différence du consentement réel et véridique des contrats, n'est qu'un consentement fictif ou présumé (1). Pour notre part, nous estimons qu'il y a une absence totale de consentement, qu'aucun accord et ni même les germes d'un accord de volontés ne fait apparition dans les quasi-contrats.

On peut, si l'on veut, établir un certain rapprochement entre les quasi-contrats et les contrats. Mais ce rapprochement ne fait que mettre plus en évidence les différences qui les séparent.

Ce rapprochement pourrait s'établir, selon M. Louis Guénée de deux manières (2).

a) Comme chez les Romains, et par conséquent au point de vue des effets ;

b) Suivant l'idée moderne, et par conséquent au point de vue du fait générateur.

S'il est vrai que l'expression même du quasi-contrat invite le commentateur à étendre en cette matière les règles prescrites en matière de contrat, il n'est pas moins vrai que les jurisconsultes romains, lorsqu'ils se servaient de cette expression, voulaient démontrer que l'obligation se comportait dans ses effets comme si elle était née d'un contrat.

Mais, si on se demandait avec M. Guénée, si l'on peut et l'on doit appliquer aux quasi-contrats les mêmes conditions de validité qu'aux contrats, on pourrait justement immédiatement observer la différence : c'est que l'élément « capacité » n'intervient pas obligatoirement.

(1) Alvarado Garcia : *Deben suprimirse los Cuasicontratos como fuente de obligaciones*, *Mélanges*, pièce 8, p. 3 et 4.

(2) Guénée L., *De la capacité de s'obliger dans les quasi-contrats*, article paru dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence* de 1887, p. 327.

Car, lorsqu'une personne est tenue indépendamment de tout fait volontaire, il n'y a pas à s'occuper de sa capacité.

Par conséquent, il y a une distinction nette entre les quasi-contrats et les contrats; et il faut avoir présente à l'esprit cette différence. Car alors, quand on dira qu'une obligation naît comme d'un contrat — *quasi ex contractu* — on saura que ce n'est pas — comme le prétend la majeure partie de la doctrine — à raison de son origine ou parce qu'on attribue à la partie obligée un consentement présumé, mais parce que cette obligation produit les mêmes effets que celle qui naît d'un contrat.

Cette notion de quasi-contrat a, en outre, le mérite d'être traditionnelle et d'avoir trouvé sa place dans cette législation justinienne, si claire et si rationnelle.

Enfin, nous ne voyons pas quelle autre notion juridique, se substituant à elle, pourrait la remplacer et jouer le rôle social qu'elle est appelée à jouer à l'heure actuelle et dont nous parlerons lorsqu'on montrera quelle est la manière dont il faut comprendre le quasi-contrat.

Nous ne pouvons donc pas savoir quels sont les buts auxquels a répondu le projet franco-italien, passant sous silence l'étude du quasi-contrat.

Maintenant, une fois décidés de maintenir cette notion et, par l'emploi qu'on veut lui assigner, de lui rendre quelque peu de l'importance dont les dures critiques menées contre elle et l'omission du projet franco-italien l'ont dépouillée, et plus encore, décidés de la rendre plus majestueuse par ses nouvelles fonctions, quel est le fondement juridique qu'il faut lui donner ?

Comme nous en avons déjà longuement parlé, nous considérons que tout quasi-contrat se résume en un enri-

chissement illégitime, que tout quasi-contrat repose en dernière analyse sur un tel enrichissement.

Cet enrichissement aux dépens d'autrui, il s'agit d'en restituer la valeur, et c'est là le motif péremptoire de l'intervention légale.

Adoptant ce point de vue, nous ne suivons pas le raisonnement de M. Demogue en ce qui concerne la base, l'analyse même du quasi-contrat, quoique nous partageons entièrement son avis en ce qui concerne l'extension qu'il convient de donner à cette institution et la nouvelle façon dont il faut l'envisager, à savoir le quasi-contrat social.

Nous n'adoptons pas non plus l'opinion de M. Vizioz qui, comme nous l'avons démontré, repousse l'idée par laquelle tout quasi-contrat repose sur un enrichissement sans cause.

Nous n'adoptons point non plus l'opinion de M. Carrez (1). Celui-ci trouve en effet que les quasi-contrats s'analysent en un enrichissement sans cause, mais n'admet pas que tout quasi-contrat doit nécessairement supposer un enrichissement illégitime. Et M. Carrez se contente de nous donner un exemple, le même que celui donné par M. Demogue, exemple relatif à la gestion d'affaires, aux obligations qu'elle fait naître, exemple que, par notre raisonnement, nous avons essayé de tourner à notre profit, à l'appui de nos assertions.

Ainsi, M. Carrez estime, comme M. Demogue, qu'il est faux de baser les obligations du *dominus rei gestae* sur un enrichissement, car il est fort possible, même si l'affaire

(1) Carrez L., *La gestion d'affaires en droit civil français*. Thèse, Lille, p. 284 et suiv.

a été utilement gérée, que des événements ultérieurs aient fait disparaître tout le profit du maître.

Nous avons dit, et nous n'y revenons plus, que notre façon de concevoir les choses diffère, qu'il suffit en somme qu'un enrichissement ait existé à un moment donné dans le patrimoine du maître; peu importe si, par suite des circonstances, il a disparu.

Il s'agit en somme d'une réglementation toute différente de celle qu'a aujourd'hui l'enrichissement sans cause et l'action de *in rem verso*, et dont nous allons parler par la suite.

Quant aux obligations du gérant, M. Carrez estime qu'il est inutile d'insister sur le point que son obligation ne peut s'expliquer par un enrichissement sans cause (1).

En effet, nous ne croyons pas qu'il s'agit là d'une question qui s'explique *ipso facto*, par le seul fait de l'avoir énoncée. Les obligations du gérant sont la résultante de son immixtion dans les affaires d'autrui (2). Elles résultent d'un fait volontaire, essence même du quasi-contrat, et elles ne sont que l'accessoire de l'immixtion, qui elle, constitue le fait principal du gérant.

Il y a en somme, comme l'a fort bien remarqué M. Planiol dans son article sur la classification des sources des obligations, une double cause qui donne naissance aux deux sortes d'obligations qui naissent de la gestion d'affaires.

La cause de l'obligation du gérant est son immixtion.

(1) Carrez L., *op. cit.*, p. 286.

(2) On peut soutenir, et nous allons le montrer en étudiant la gestion d'affaires et l'enrichissement sans cause, que les obligations du gérant naissent aussi de l'enrichissement. Il est, en effet, obligé d'apporter tous ses soins, de veiller à ce que l'enrichissement une fois produit, y subsiste dans le patrimoine du maître d'affaires. Et bien entendu que si cet enrichissement ne se serait pas produit, l'obligation du gérant n'existerait plus avec la même acuité.

Il doit achever ce qu'il a commencé, et cela pour éviter une lésion injuste au maître. On voit comment, indirectement, la source de son obligation est l'enrichissement créé et qu'il s'agit de savoir garder par les soins apportés à cette gestion.

La cause de l'obligation du maître est naturellement son enrichissement. Et quoique la loi établisse les deux obligations à raison d'un même fait, on peut soutenir qu'il s'agit là de deux obligations ayant chacune sa source différente, qu'on pourrait à la rigueur fusionner en une source unique.

En affirmant qu'il y a deux obligations ayant chacune une source différente, nous faisons abstraction de la définition que donnent MM. Aubry et Rau de la gestion d'affaires. Ils disent en effet : toute personne, capable de contracter, qui, sans mandat, exprès ou tacite, entreprend volontairement la gestion d'une affaire d'autrui (de nature à être ainsi gérée), se soumet, par suite de ce fait, envers celui que l'affaire concerne, à toutes les obligations que l'acceptation d'un mandat impose au mandataire » (1).

Par opposition à ce que nous venons de dire, on peut facilement remarquer que d'après les termes employés par les deux grands civilistes, il résulte nettement qu'il y a une unité d'origine des deux sortes d'obligations que le quasi-contrat de gestion d'affaires fait naître. Il n'y a qu'une seule source qu'on peut assigner aux obligations du gérant et du maître ; c'est, bien entendu, le disent MM. Aubry et Rau, l'acte de volonté du gérant.

Cependant nous restons à notre premier point de vue et nous estimons qu'il y a une double source, deux causes

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VI, p. 293-295, 5^e éd.

différentes qui font naître les obligations du gérant et du maître.

Nous apportons en faveur de notre thèse la grande autorité de M. Martin. Il estime notamment que les obligations réciproques du gérant et du *dominus* dérivent de deux sources différentes ; celle du maître serait purement légale, celle du gérant serait la résultante de la loi et d'un acte de sa volonté (1).

Le quasi-contrat de gestion d'affaires engendre donc des obligations dont la source est différente. Fait purement volontaire de l'homme, il engendre comme principale obligation pour une autre personne, celle de rembourser le montant de son enrichissement. C'est là la principale obligation qui prend naissance du quasi-contrat ; quant à celle qui naît sur la tête du gérant, celle-là n'est qu'implicite au fait de l'immixtion. Nous dirons même que cette obligation se présente sous la forme d'un axiome et que le Code pouvait même ne pas en parler.

Car, en somme, si la gestion d'affaires n'apparaît que comme le résultat d'une nécessité sociale, s'il y a une équité naturelle qui apparaît comme un symbole du monde civilisé et que c'est bien la loi de cette équité qu'on suit lorsqu'on entreprend l'administration des biens d'autrui, il est naturellement sous-entendu qu'il faut agir pour le mieux et qu'on agira ainsi ; autrement, comme il n'y avait aucune obligation de faire, comme on n'était nullement contraint, on aurait pu très bien ne pas s'immiscer.

Voilà pourquoi nous repoussons l'argumentation de M. Carrez et pourquoi aussi nous nous séparons de l'opi-

(1) Martin, dans Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VI, p. 295, 5^e éd.

nion de M. Bufnoir. Celui-ci soutient en somme que « le principe de l'enrichissement sans cause nous permettra de reconnaître des hypothèses où il y aura obligation *quasi ex contractu*, en dehors des cas réglés et admis par le Code civil » (1). Il résulte indirectement de cette affirmation que dans les cas où les quasi-contrats sont réglementés par le Code, comme en matière de gestion d'affaires et de paiement indû, M. Bufnoir ne voit aucun enrichissement, ne voit pas cette notion intervenir comme source de l'engagement.

Naturellement c'est là une opinion qui vaut d'être rappelée, vu l'autorité de l'auteur.

Mais de là à tirer une règle générale, faire disparaître du dictionnaire juridique une notion qui trouvait cependant sa pleine raison d'être dans tous les ouvrages des vieux jurisconsultes latins, il nous semble aller à l'encontre de certains principes dont la caractéristique est de ne pas obéir toujours au raisonnement de ceux qui pensent arriver à un certain état d'évolution toujours par le même chemin, celui de la révolution, révolution des idées, bien entendu.

Bien au contraire, nous estimons, pour notre part, que la notion de quasi-contrat doit être entendue dans un sens beaucoup plus large, c'est le quasi-contrat social dont parlait M. Demogue.

Et si le Code civil, dans un grand nombre de ses articles, n'est pas à l'abri de toutes critiques, si on peut parfaitement justifier ces critiques sur des points de doctrine où chacun peut avoir une conception *sui generis* des rapports entre les hommes et des principes de droit qui viennent sanctionner ces rapports, si donc la révision

(1) Bufnoir, *La propriété et le contrat*, p. 455, Paris, 1900.

du Code est nécessaire parce que 130 ans, c'est vraiment ce laps de temps auquel, en y songeant, on est dominé par la pensée d'Anatole France, « Tout change, la vie est immortelle, c'est elle qu'il faut aimer dans ces figures sans cesse renouvelées », et parce que durant une pareille époque, l'évolution de toute institution sociale et humaine exige des modifications profondes, qu'on les fasse et sans retard.

Mais, qu'on en tienne compte aussi de certains principes essentiels qu'on peut ramener à deux : le respect de la vérité historique et le respect de la tradition juridique.

Et alors, quand on entreprendra l'œuvre de révision totale ou partielle du Code, quand on touchera à la partie la plus vivante, à celle des obligations, avant de prendre position en ce qui concerne les quasi-contrats, qu'on s'y arrête un peu.

Tâchant de construire, qu'on ne parte pas de l'idée préconçue que la notion de quasi-contrat est, comme le dit Elisée Frouin, une notion insoutenable, corrompue dès sa naissance.

Et, dans notre désir essentiellement humain de modifier un état de chose, croyant par là même qu'on bâtit à nouveau, ne suivons pas le raisonnement préconisé par le sus-dit auteur :

« Enlevez-lui (au quasi-contrat), ce caractère principal de source, de formation d'obligation, par où il domine dans le droit et qu'il ne serve plus qu'à individualiser les conséquences, les effets de certaines obligations légales (1). »

Suivre un pareil système, ce serait nous placer sur le chemin de lourds errements.

(1) Elisée Frouin, *La notion juridique de gestion d'affaires*, thèse, Bordeaux, 1909, p. 145.

Nous estimons, en effet, que c'est justement parce que les mœurs de la vie et les éléments qui composent cette vie ont changé depuis la promulgation du Code, qu'il faut qu'on apporte des modifications à nos agissements, mais des modifications qui doivent suivre la marche même de cette vie, la manière dont chacun d'entre nous — peut-être inconsciemment — a apporté sa part dans l'organisation d'un système que nous utilisons aujourd'hui.

Il ne faut pas croire qu'on doit apporter des changements aux principes établis en 1804 parce que, comme le suppose Elisée Frouin, à ce moment le législateur n'a fait que « transcrire de bonne foi une notion fausse qu'il pensait juste ».

En effet, à ce moment-là, comme toujours d'ailleurs, l'œuvre du législateur ne se borne pas à être celle du plagiaire. Et si le législateur, à coup sûr après une mûre réflexion, s'est décidé à adopter les principes fondamentaux du droit romain, s'il lui a paru uniquement nécessaire de les réajuster un peu et de proclamer dans le Code civil, en les adoptant, leur grande valeur, c'est qu'il n'a pas trouvé mieux. C'est qu'à ce moment, comme aux temps romains et seulement avec quelques insignifiantes modifications, le quasi-contrat ne s'est présenté que comme le véritable prisme qui reflétait un état réel des choses.

Mais s'il nous paraît utile d'apporter des changements à l'heure actuelle, c'est que les transformations économiques et sociales qui se produisirent au cours du ^{xix}^e et au commencement du ^{xx}^e siècle, ont eu pour résultat de mettre sur bien des points la législation française en retard sur nos mœurs.

Et dès lors il faut établir un rapport de concordance entre le droit et le fait, entre la vie et ses agissements

d'un côté et les règles suivant lesquelles on se conduit aujourd'hui et qui sanctionnent les liens entre ceux qui constituent la collectivité humaine, d'un autre côté.

C'est pourquoi nous voulons bien modifier la notion de quasi-contrat, mais la modifier d'une façon très large, tendant le plus possible à son extension et faire paraître ainsi sous un jour inconnu, son rôle nouveau, son caractère social.

Ce faisant, nous sommes — c'est ce que nous pensons du moins — sur la bonne voie, car nous suivons de très près le mouvement d'idées qui se dégage de plus en plus depuis la rédaction du Code et jusqu'à nos jours, mouvement dicté et inspiré d'ailleurs par la vie en commun.

Sa marche nous est magistralement tracée par M. Saleilles dans un article intitulé : *Le Code civil et la méthode historique* (1). Il dit notamment :

« Le droit n'est jamais purement individuel ; et de même devrait-on dire, ce que ne savent pas reconnaître les socialistes, qu'il n'est jamais purement social. Il est la résultante de la vie sociale dans sa combinaison avec la vie individuelle. Et, par suite, dans la mesure où cette expansion de l'individu est nécessaire au progrès et à la prospérité de la société, la société doit protection aux individus, non plus à l'individu abstrait, considéré sous le rapport de son développement virtuel, mais aux êtres vivants et concrets dont se compose le groupe qui la constitue, et à ceux surtout qui sont mal armés pour vivre et pour jouer leur rôle d'hommes ici-bas. C'est parce qu'il y a une part de droit individuel dans le droit social que les individus pris en masse doivent protection à l'individu, et c'est parce qu'il

(1) Saleilles R., *Le Code civil et la méthode historique*, article paru dans *Le livre du centenaire du Code*, t. I, p. 110.

y a une part de droit social dans tout le droit individuel que la sphère juridique de l'individu reste toujours conditionnée et délimitée par l'intérêt collectif du groupe. »

Les hommes sont souverains. C'est le principe posé par le Code civil qui ne fait que traduire en bonne partie l'individualisme des philosophes du XVIII^e siècle et de la Déclaration des droits de l'homme de 1789.

Ils acquièrent les uns sur les autres des droits et ils font naître des obligations à la charge de chacun d'eux par l'accord de leurs volontés, par l'organe juridique de la vie économique, par le contrat.

Mais tout de même il y a des tempéraments qu'il faut apporter à la liberté contractuelle. Et bien souvent, sans qu'il le veuille, quelqu'un peut être tenu d'une certaine obligation parce qu'un autre l'a voulu et qu'il l'a voulu en se conformant à un besoin social.

Dès lors, voilà la raison et l'utilité de ce que M. Demogue a appelé si justement le quasi-contrat social.

Nous abandonnerions volontiers la tradition si elle était un empêchement aux recherches plus documentées, si on pouvait l'accuser d'arrêter l'évolution sociale et économique, si — pour employer l'expression de M. Geny — elle ne faisait que stagnifier le droit. Mais en échange nous la suivrons pas à pas et nous la compléterons s'il nous paraît qu'elle est un élément de premier ordre pour le développement et l'embellissement des conceptions grâce à elle acquises.

En effet, comme le remarque M. Gaston Morin, « la source profonde de la règle de droit n'est plus la volonté du législateur, mais l'observation de la réalité changeante et la

considération de l'idée de justice, au contenu toujours variable » (1).

La discipline juridique est essentiellement mobile. Elle doit suivre les règles du jeu social avec lesquelles, selon l'expression suggestive de M. Morin, « il ne peut être permis de tricher ».

Et à lui de tirer cette conclusion que « le droit est une vision conceptuelle de la vie sociale non telle qu'elle est, mais telle qu'elle doit être dans un temps et dans un pays donnés » (2).

On doit établir une harmonie entre les règles de droit et les exigences de la vie. Car la vie sociale, dans sa complexité de plus en plus grande, avec les différences sensibles entre chaque être et la collectivité humaine et avec la cadence rythmée du mouvement des mœurs, des idées et des faits, cette vie sociale ne peut jamais obéir à des règles immuables.

Comme toute discipline humaine, la discipline juridique doit comporter des dispositions variables suivant les espèces et mobiles suivant les circonstances.

C'est pourquoi nous embrassons les opinions de M. Demogue. Il nous semble en effet plutôt utile d'envisager toute institution juridique d'un point de vue très large, d'un point de vue humain.

Car alors, ne subissant aucune déformation professionnelle, nous pourrons étudier chaque question et concevoir tout problème en complétant les recherches juridiques par les nécessités de la vie pratique.

Aux êtres constituant des petits groupements, liés par de simples accords d'intérêts, aux individus constituant

(1) Morin G., *La loi et le contrat*, p. 31, Paris, 1927.

(2) Morin G., *op. cit.*, p. 103.

des peuples, aux nations constituant la grande communauté des Etats civilisés, il faut savoir trouver le ciment social, le seul capable de les lier et de donner la garantie d'un avenir meilleur.

Ce ciment est fait de quelque chose de très profond et de très subtil.

C'est l'amalgame des sentiments, des volontés communes, d'une foi. Et « la constitution de cette foi humaine, de cet humanisme critique, c'est bien la tâche de notre temps » (1).

Voilà pourquoi nous croyons que, envisagé de la façon dont nous avons modestement indiqué les traits, le quasi-contrat *lato sensu*, le quasi-contrat qui fait naître des obligations par la volonté unilatérale du créancier, ne doit pas seulement garder la place acquise par la volonté de la raison et par l'expérience des siècles, mais encore il doit avoir un champ d'application beaucoup plus grand, car il nous apparaît comme un outil indispensable du progrès social.

Et alors, sachant bien définir les exigences de la défense sociale, les suivant, tout en se gardant des élans impulsifs, nous estimons que tous les auteurs, qu'il s'agisse du renouvellement des institutions ou du renouvellement de l'esprit, arriveront à des conclusions sensiblement analogues aux nôtres.

A condition de ne pas confondre leur scepticisme avec l'impossible ou l'illogique, l'accueil sympathique de certaines idées nouvelles avec le doute et dès lors avec la mauvaise volonté d'en choisir, ils adapteront leurs idées aux créations de l'esprit de l'époque, esprit forgé par la

(1) Guy Grand Georges, *L'avenir de la démocratie*, p. 188, Paris, 1928.

vie commune ; transposant un peu les mots de Georges Guy Grand, ils arriveront aux mêmes conclusions que lui, c'est-à-dire à la nécessité qu'il y a de mettre en harmonie des façons vieilles de penser et d'agir avec des besoins nouveaux et surtout une intelligente compréhension des besoins légitimes.

C'est en dirigeant notre effort persévérant vers la justice sociale et le bien-être des individus, en perfectionnant et en développant au degré le plus élevé la discipline des instincts et des passions, en sachant, enfin, surmonter les obstacles de toute nature, érigeant en précepte moral une doctrine essentiellement humaine, celle de la subordination des intérêts particuliers au bien commun de tous, qu'on atteindra l'idéal social, l'idéal moral, celui qui, selon Fouillé, dominera la réalité.

SECTION I

LA GESTION D'AFFAIRES ET L'ENRICHISSEMENT SANS-CAUSE

Conformément à la méthode préconisée, nous étudierons sous une seule et même rubrique la gestion d'affaires et l'enrichissement sans cause. Il y a en effet une parenté tellement grande entre ces institutions, une affinité — qui donne lieu à une assimilation et, par ricochet, à d'innombrables confusions — tellement importante, des raisons péremptoires à tel point que, pour notre part, nous tâchons de fusionner ces deux institutions en une seule institution, qui par ailleurs, ayant les traits distinctifs de chacune d'entre elle prise à part, c'est-à-dire une même origine, un même fondement, les mêmes effets, doit avoir une même réglementation.

Le projet franco-italien sur les obligations a apporté, comme nous l'avons indiqué dans notre introduction, des changements concernant surtout la forme ; il a apporté surtout des améliorations de pure forme.

On ne trouve que rarement des dispositions éparses dans le projet franco-italien qui complètent le système des deux Codes en vigueur en y donnant naissance à certaines institutions qui étaient restées en dehors de la loi et qui n'avaient pu trouver une réglementation convenable que par un long travail d'interprétation, parfois par une construction jurisprudentielle (1).

(1) *Rapport sur le projet d'un Code des obligations et contrats commun à la France et à l'Italie*, p. XLI.

C'est ainsi qu'aucune innovation substantielle n'a été introduite en matière de gestion d'affaires. On a résolu — et encore ! — quelques difficultés engendrées par les anciens textes en remplaçant ces articles par d'autres dont la rédaction semble meilleure.

Quant à l'enrichissement sans cause, l'innovation du projet est certaine. Il s'agissait en somme là de consacrer législativement une solution depuis longtemps consacrée par la doctrine et par la pratique jurisprudentielle. Dans son article 73, le projet franco-italien formule le principe général suivant lequel celui qui s'est enrichi sans cause au détriment d'une personne, est tenu de l'indemniser, dans la mesure de son propre enrichissement, de ce dont elle s'est appauvrie.

Cette formule est de beaucoup trop lapidaire. Certains auteurs l'ont considérée comme trop générale, d'autres l'ont critiqué dans ce sens qu'il fallait ajouter dans l'article 73 le mot « légitime » — sans cause légitime — parce que du moment qu'une cause légitime existe, il n'y a plus aucune obligation de restituer l'enrichissement.

Ce n'est pas à ces critiques que nous nous arrêterons. En effet, comme le remarque à juste titre le rapport du projet, le grand avantage de cette formule est qu'elle permet d'envisager, sous l'énoncé de ce principe général, un nombre infini de situations juridiques, susceptibles de se présenter régulièrement dans la pratique journalière, mais qu'il serait fort difficile de classer, d'en faire une catégorie précise.

Cette règle que nul n'a le droit de s'enrichir injustement aux dépens d'autrui, règle dont l'élasticité est une raison suffisante pour qu'elle soit nettement formulée, constitue — de même que la règle énoncée par l'article 1382

du Code civil français — un des principes solidement assis et bien ancré dans la pensée juridique.

« Cette large formule permet de comprendre dans l'application pratique de la loi une quantité de cas que le législateur serait dans l'impossibilité de prévoir s'il fallait substituer au précepte général des règles particulières » (1).

Mais nos critiques porteront sur la réglementation de l'action *de in rem verso* qui sanctionne l'enrichissement sans cause et à laquelle le projet franco-italien ne fait pas la moindre allusion. C'est pour cela qu'il nous semble que la formule employée par l'article 73 est vraiment trop succincte.

Il aurait fallu encore un ou même deux articles supplémentaires qui puissent déterminer le fonctionnement, la réglementation de cette action, véritable corollaire du principe énoncé par l'article 73 du projet franco-italien. Car, en somme, s'il a fallu tant d'années pour avoir une formule concrète qui, tout en réparant les torts des Codes en vigueur, traduise le véritable état de la pensée humaine, de la discipline juridique, si, par conséquent, l'évolution est tellement lente, il est fort à craindre qu'un laps de temps non moins grand soit nécessaire pour encadrer dans une formule législative des règles qui, selon nous, sont le prisme fidèle des exigences de la vie d'aujourd'hui et qui, englobées dans un Code mondial des obligations d'ici cent ans, ne correspondront plus aux nécessités changeantes de cette époque-là.

On serait, en sorte, toujours en retard, au moins d'une génération !

C'est pourquoi, désireux d'introduire le projet franco-

(1) *Rapport cité*, p. LXXXIX.

italien sur les obligations en Roumanie, mais faisant d'abord une étude critique de ce projet dans la partie que nous avons choisie, nous consacrerons nos développements ultérieurs à envisager d'une part, dans la gestion d'affaires, en quoi consiste l'amélioration apportée par la formule employée par le projet franco-italien, c'est-à-dire en quoi correspond ou diffère la formule du projet de celle du Code civil et de l'interprétation doctrinale (1) ; d'autre part, dans l'enrichissement sans cause, nous démontrerons comment le projet aurait dû compléter selon nous, pour répondre à la situation créée par la vie d'aujourd'hui et par la solidarité qui unit les humains, l'article 73 et organiser pratiquement le fonctionnement *de l'in rem versum*.

Selon le principe tracé au commencement de notre travail, nous allons commencer par étudier le quasi-contrat type dans le droit romain, en jetant un très court aperçu sur la gestion d'affaires dans les temps romains et puis en regardant les diverses opinions qui se sont formées à son égard durant le xix^e et au commencement du xx^e siècle.

Pareille façon de voir s'impose d'autant plus qu'il s'agit ici d'une question extrêmement importante, d'un élément de fait — l'intention dans la gestion d'affaires, — question qu'il faut étudier à travers les âges — pour voir comment elle a évolué — et qui donne naissance aux difficultés les plus grandes. C'est d'ailleurs par la nouvelle formule employée par le projet franco-italien qu'elle est en quelque sorte tranchée.

(1) C'est d'une part le mot « volontairement » de la rédaction du Code civil français sur la gestion d'affaires, et d'autre part la question de l'intention dans la gestion qui fera l'objet le plus grand de cette étude.

Remarquons dès à présent que le projet n'emploie pas, lui non plus, le mot « intention », mais que, par la formule dont il se sert, il laisse sous-entendre sa manière de concevoir.

Et c'est par ici que nous apportons une critique à la nouvelle rédaction de la formule de la gestion d'affaires. Quoique de beaucoup supérieure à celle employée par le Code civil, elle n'est tout de même pas suffisamment claire, car elle ne laisse qu'entrevoir la véritable pensée des rédacteurs de ce projet.

Une autre critique, ou plutôt une simple observation, car il s'agit uniquement de considérer autrement les choses, c'est que, pour autant que nous interprétons fidèlement la formule de l'article 61 du projet franco-italien, elle diffère de notre façon d'envisager la nécessité de l'élément intentionnel et dont nous tracerons le schéma au cours de cette étude.

Comme faits assimilés à des contrats, les *Institutes* de Justinien énumèrent quelques-uns parmi lesquels il faut noter la gestion d'affaires et le paiement de l'indû.

La première engendre des obligations réciproques et aboutit à des actions de bonne foi ; le paiement de l'indû oblige une seule personne et fait naître des actions de droit strict.

Dans le droit romain, lorsqu'une personne gère les affaires d'un absent, nous disent les *Institutes*, cela fait naître des actions réciproques appelées actions *negotiorum gestorum*. Ces actions sont d'une part l'action directe, c'est-à-dire celle du maître contre le gérant ; et, d'autre part, l'action contraire, c'est-à-dire celle du gérant contre le maître, celle par laquelle le gérant avait un recours pour les dépenses faites.

C'est à coup sûr une raison d'utilité qui a triomphé aux temps romains comme elle triomphe de nos jours lorsqu'on envisage la raison d'être de cette institution de gestion d'affaires. Car, en effet, on ne peut pas admettre — pour une raison d'utilité — que les affaires des absents, de ceux qui pris à l'improviste sont forcés de partir sans avoir confié l'administration de leurs biens à un mandataire, soient abandonnées.

Il y a gestion d'affaires toutes les fois qu'une personne fait des actes relatifs au patrimoine d'autrui, sans aucun mandat du véritable intéressé et néanmoins dans l'intention de l'obliger (1).

Le gérant est celui qu'on nomme à Rome *negotiorum gestor*, le tiers intéressé s'appelant *dominus*.

Si on envisage les causes des deux actions que la gestion d'affaires fait naître : l'*actio negotiorum gestorum directa* et l'*actio negotiorum gestorum contraria*, c'est-à-dire si l'on cherche les sources de ces actions, ou pour mieux dire leurs raisons d'être, elles nous paraissent toutes de bon sens. C'est que, d'un côté, si le gérant n'avait pas de compte à rendre, les biens de ceux dont on gère les affaires, les biens des absents surtout, deviendraient naturellement une proie facile à la portée de tout envahisseur. De là, l'action directe.

D'un autre côté, si un gérant, ayant apporté à la gestion tous les soins, toute la diligence, ayant, en un mot, sagement administré, n'avait pas de recours contre le *dominus* pour les dépenses utiles et nécessaires qu'il a faites, cela serait bien entendu un écueil puissant à tout élan, un piège qui s'opposerait à la bonne volonté des honnêtes

(1) Accarias, *Précis de droit romain*, t. II, p. 590, 3^e éd., Paris, 1882.

gens disposés à prendre entre leurs mains les intérêts de l'absent. De là, l'*actio negotiorum gestorum contraria*.

La gestion d'affaires, nous dit Girard, suppose un élément de fait et un élément intentionnel (1).

L'élément de fait est un acte quelconque de gestion. Ce peut être un acte matériel et aussi bien un acte juridique.

Quant à l'élément intentionnel, il n'est autre que la volonté, le désir, l'intention chez le gérant de gérer l'affaire d'autrui en accomplissant l'acte. A défaut de cet élément, si celui qui agit, a fait ou a cru faire sa propre affaire, il n'aura pas, le cas échéant, l'*actio contraria*.

Une première conséquence que nous pouvons tirer de cette étude sommaire consiste dans le fait qu'à Rome, un élément intentionnel était indispensable pour qu'on se trouve en présence d'un cas de gestion d'affaires.

Donc, pour la formation et la validité du quasi-contrat de gestion d'affaires, il faut la réunion de quelques éléments essentiels.

Il faut d'abord et surtout que les divers actes que le gérant accomplit se réfèrent réellement au patrimoine d'un tiers et jamais au patrimoine propre du gérant lui-même.

Nous verrons les modifications apportées à travers les âges à cette idée.

Quant à nous, nous aimons le dire dès maintenant que nous ne considérons pas cette condition comme une condition *sine qua non* de la gestion d'affaires. Pour nous, quelque soit l'intention du gérant en accomplissant sa gestion, faisant une affaire utile pour autrui, sachant que c'est pour un tiers ou ne le sachant pas, ayant l'intention

(1) Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, p. 625, 5^e éd., Paris, 1911.

de rendre service ou bien ne l'ayant pas, faisant l'affaire de telle personne, croyant faire celle d'une autre personne ou croyant faire la sienne et même, faisant sa propre affaire et apportant indirectement un service à autrui, peu importe.

L'essentiel c'est le résultat obtenu ; c'est ce résultat qui prime tout.

Nous parlerons sur cette question en détail, lorsque nous envisagerons ensemble l'étude de la gestion d'affaires et de l'enrichissement sans cause, telle que nous aurions aimé voir étudier par le projet franco-italien sur les obligations.

En tout cas, pour le moment contentons-nous de constater qu'à Rome il faut que les actes accomplis par le gérant aient réellement trait au patrimoine d'un tiers, pour qu'il y ait gestion d'affaires. Dans le cas où l'affaire intéresse à la fois le gérant et le tiers, les Romains font une distinction subtile et délicate quant à son application (1).

En effet, disent-ils, si le gérant peut séparer son intérêt personnel de celui du tiers et n'agir que pour son propre compte, c'est-à-dire pour le compte du tiers, le quasi-contrat de gestion d'affaires se forme sans nulle difficulté.

Par contre, s'il n'arrive pas à séparer ces intérêts entre lesquels il y a une forte connexion, la gestion d'affaires ne peut pas se former.

Il faut, en second lieu, pour qu'il y ait gestion d'affaires, que le gérant ait agi à l'insu du géré, qu'il ait agi sans son consentement. Il faut que le maître ait ignoré complètement la gestion.

(1) Accarias C., *Précis de droit romain*, p. 424, t. II, 4^e éd. ; Maynz Charles, *Cours de droit romain*, t. II, 5^e éd., p. 477.

Une question qui s'est posée bien des fois en pratique, est celle de savoir si la gestion d'affaires prend naissance lorsque le maître s'est formellement opposé à la gestion. La question ne présente, bien entendu, aucun intérêt pour le maître des affaires car lui, il aura toujours l'*actio negotiorum gestorum directa*. Mais la question présente de l'intérêt pour le gérant. Aura-t-il encore le droit de recourir contre le maître ? Peut-il encore bénéficier de l'*actio contraria* ?

L'opinion des jurisconsultes est fort variée. Certains d'entre eux, nous dit Justinien, lui donnaient l'*actio negotiorum gestorum contraria* comme action directe, d'autres comme action utile.

Justinien (1), lui-même, s'appuyant sur une opinion qui avait très probablement prévalu bien avant lui, décide que pour tous les actes accomplis depuis le jour où l'opposition du maître lui a été signifiée par écrit devant témoins, le gérant ne peut avoir absolument aucune action. Le gérant est considéré comme ayant agi uniquement *animo donandi*, c'est-à-dire dans une intention libérale.

Disons, en passant, que le projet franco-italien arrive sur cette question à une solution assez acceptable, sauf cependant un tempérament. Il dit en somme que l'opposition du maître empêche que la gestion d'affaires se produise, sauf si cette opposition par son caractère n'est pas contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public.

C'est là un point qui va presque de soi, car il est bien évident que l'ordre public fait exception à toute règle.

(1) Justinien, L. 24, C : *De negotiorum gestio*, t. II, 19 ; à son tour Justinien s'appuie sur l'opinion de Julien : *Julianus*, Lib. III, *Tractat.*

Mais, et c'est là le tempérament dont nous parlions, qu'advierait-il dans le cas où le gérant accomplit un acte pour le patrimoine d'autrui et en même temps utile au point de vue social ?

Il serait injuste qu'il ne soit pas remboursé dans les dépenses faites et, d'autre part, il est tout aussi injuste que le maître d'affaires puisse par son opposition, par son veto catégorique empêcher des actes dont pourrait tirer profit la collectivité.

Il aurait fallu stipuler cette clause aussi dans le projet franco-italien ; car il est de toute évidence que si quelqu'un, par ses agissements, peut s'opposer à ce que son patrimoine gagne certains avantages par l'activité d'autrui, il n'a pas le droit, moralement parlant, de s'opposer à ce que la collectivité en bénéficie.

De sorte que, pour notre part, nous considérons qu'à côté des deux causes envisagées par le projet et par lesquelles l'opposition ne joue pas, il faudrait en établir une troisième et dire que si l'opposition du maître nuit à l'intérêt général, alors cette opposition ne peut pas non plus jouer. Et bien entendu il serait au juge, comme nous le montrerons plus tard, par une extension de son pouvoir arbitraire, de décider ce que nécessite l'intérêt général et de savoir établir une juste et équitable proportion entre cet intérêt collectif et l'intérêt particulier de celui qui s'est opposé à la gestion.

Par ailleurs nous ne sommes point étonnés de trouver cette omission dans le projet franco-italien qui, nous semble-t-il, et nous en avons eu la preuve avec le quasi-contrat, n'a pas su se débarrasser de l'individualisme du Code civil et qui dès lors ne présente, selon nous, aucun progrès à ce point de vue sur l'œuvre de 1804.

Nous reviendrons sur ces questions plus longuement par la suite.

Un dernier élément qui paraît nécessaire à Rome pour l'existence du quasi-contrat de gestion d'affaires, c'est que le gérant ait agi dans l'intention d'obliger un tiers. Si cette intention existe, tout le reste importe peu.

Si le gérant s'est trompé sur l'identité du véritable intéressé, ou si en même temps que la gestion il a voulu exécuter un mandat donné par une autre personne, de telles erreurs laissent subsister toute sa force à l'intention du gérant.

La gestion d'affaires engendre plusieurs obligations qui incombent tant au gérant qu'au maître d'affaires.

Accarias résume à trois les obligations du gérant :

a) achever l'affaire dont il s'est une fois chargé, la mort du maître ne le dégageant pas ;

b) rendre compte de sa gestion et transporter tous les bénéfices au maître ;

c) apporter toute la diligence à sa gestion et par conséquent répondre de toute faute que n'eût point commise un père de famille diligent.

Le maître est tenu à son tour de rembourser les dépenses du gérant. Mais, comme il a le droit de les critiquer, soit à raison de leur but, soit à raison de leur exagération, le maître ne remboursera les dépenses faites par le gérant que dans la mesure où ces dépenses étaient vraiment nécessaires et utiles, ce qui est suffisamment difficile à établir.

Il faut ajouter, pour avoir un schéma général, quoique très superficiel de la gestion d'affaires chez les Romains, qu'en ce qui concerne le pupille dont on gère les affaires, celui-là ne peut être obligé que dans la mesure de son

enrichissement, parce que le gérant commet une faute en se passant de l'intervention du tuteur.

Mais on n'appliquera pas la même doctrine s'il s'agit d'une gestion relative aux biens faisant partie d'une hérédité jacente qui sera déférée au pupille. Le pupille faisant addition se trouve être obligé envers le gérant exactement comme le serait une personne pubère.

Enfin, si le pupille, sans l'*auctoritas* de son tuteur, gère les affaires d'autrui, il n'est pas lié au delà de son enrichissement, sauf le cas où il intente l'action *contraria*. Car alors on peut lui opposer par voie de compensation, comme s'il eût été pubère et maître de ses droits; ses obligations de gérant.

Quelle conclusion peut-on tirer de cette institution de gestion d'affaires, telle qu'elle nous apparaît dans ses grands traits à Rome ?

C'est que pour des motifs qui furent admis de bonne heure, on a établi à Rome les règles particulières de la gestion d'affaires.

Il est évident que les principes les plus élémentaires du droit naturel s'opposent à ce que chacun puisse entrer dans la vie privée de son voisin malgré lui. Et c'est en envisageant les choses de cette façon qu'on avait établi une sorte de règle très courante pendant un laps de temps à Rome : *Culpa est immiscere se rei ad se non pertinen- ti*.

Cependant nous sommes de l'avis de ceux qui estiment que ce principe ne trouve sa raison d'être que quand il s'agit d'une immixtion telle qu'au lieu d'être utile, elle se caractérise par le fait que cette gestion deviendra, par la suite de l'immixtion, un véritable fardeau pour le maître,

lorsqu'il sera à même de prendre entre ses mains la gestion de ses affaires (1).

En somme, il nous semble qu'uniquement une immixtion intempestive est répréhensible.

Car autrement, du fonctionnement de cette règle suivant laquelle c'est une véritable faute de s'ingérer dans les affaires d'autrui, de l'application rigoureuse de ce principe, il résulterait de gros inconvénients.

Strictement entendue, cette idée heurterait très souvent l'équité et constituerait un obstacle difficile à franchir, un piège aux nécessités que la pratique de la vie journalière et collective fait apparaître à chaque instant.

« Souvent en effet, comme le dit très justement M. Delbosc, dans les hasards des relations d'affaires, ce sera une œuvre utile et même nécessaire de prendre en main la direction des intérêts d'autrui.

Condamner à des dommages, sous prétexte de faute, celui qui spontanément a rendu un service, serait contraire au droit autant qu'à l'équité (2). »

C'est pour cela, pour bien mettre en relief la base rationnelle du quasi-contrat de gestion d'affaires, que nous estimons qu'il faut comprendre la règle romaine uniquement en apportant des tempéraments à la rigueur du principe et en admettant ainsi l'immixtion dans les affaires d'autrui toutes les fois que cette immixtion peut se concrétiser par un service utile qui y a été apporté.

Sinon, on serait exposé en somme, dans les hypothèses où on intervient par charité ou par affection dans les

(1) Ernout François, *De la gestion d'affaires*. Thèse, Caen, 1889, p. 13.

(2) Delbosc Paul, *Essai sur la gestion d'affaires*, p. 1. Thèse, Toulouse, 1899.

affaires d'un tiers pour lui éviter une grave perte que son absence l'empêche de prévenir, de ne pas être indemnisé de ses dépenses.

Longtemps toutes ces différentes impenses n'étaient remboursées que si leur utilité se traduisait au moment de la demande par un enrichissement actuel du *dominus rei gestæ*.

Et très souvent, par suite d'un événement impossible à prévoir et qui rendait inutile sa gestion, le gérant était privé de tout recours.

C'est l'équité qui était blessée, et c'est l'utilité publique, les préjudices de la fortune publique qui réclamaient des changements.

Dès lors, que la gestion d'affaires soit réglementée par le droit civil ou qu'elle soit réglementée par le droit prétorien, peu importe.

C'est là un problème qui a divisé les jurisconsultes romains, chacun essayant de fournir des arguments sérieux pour le système qu'il défendait et qui, tout de même, ne présente aucune importance pratique.

Car, si on met de côté le point de vue historique et si l'on veut donner le plus de clarté possible au côté juridique de la question, il nous est indifférent de savoir au juste si la gestion d'affaires vient ou non du préteur.

Un point paraît essentiel et il est admis par tout le monde : c'est qu'avec la gestion d'affaires nous nous trouvons dans le domaine de l'équité pure et que c'est là un grand principe qui doit dominer cette matière.

Dans le développement historique des obligations romaines, le quasi-contrat de gestion d'affaires, comme généra-

lement tous les quasi-contrats, a pour type un contrat. C'est ce que nous fait remarquer M. Poissnel (1).

La gestion d'affaires a pour type le mandat. Et, exactement comme naît du mandat une action directe et une action contraire, de même la gestion d'affaires fait naître une action du gérant : *gestor*, et une autre du maître : *dominus*.

Les obligations réciproques des maître et gérant et les actions qui sanctionnent ces obligations, ne se rattachent pas entre elles par le lien puissant d'un contrat déterminé.

Et tout de même il y a un certain nombre d'obligations qui résultent de cette gestion. Les mêmes obligations qui existent — en tant qu'obligations légales — lorsqu'il s'agit d'un mandat, subsistent lorsqu'il s'agit d'une *negotiorum gestio*, mais plutôt en tant qu'obligations naturelles ou morales, soit du côté du gérant, soit du côté de celui dont l'affaire a été gérée.

Mais ces obligations peuvent résulter d'un fait qui peut revêtir les nuances les plus variées. Ce fait générateur de l'engagement réciproque ne contient rien d'illicite. Et c'est parce que d'un côté il ne contient rien d'illicite, par ce que d'un autre côté ces obligations ne tirent pas leur source d'un contrat, c'est pour cette double raison qu'on range la gestion d'affaires parmi les quasi-contrats et qu'on voit uniquement là sa juste place.

Il faut que les affaires entreprises soient honnêtes et il faut qu'il s'agisse de choses licites. En plus, à la volonté de bien gérer l'affaire d'autrui, il faut joindre la prudence et la persévérance, toutes deux indispensables pour le succès de la gestion.

(1) Poissnel Ch., *De la gestion d'affaires et de l'action de in rem verso*. Thèse, Caen, 1872, p. 10.

Quand tous ces éléments se trouvent réunis, c'est-à-dire quand, selon M. Gabolde (1), le gérant a agi volontairement, quand il a géré l'affaire d'un tiers, quand il a géré l'affaire d'autrui avec l'intention de répéter ses dépenses, quand — enfin — la gestion s'est produite sans aucun mandat, on se trouve bien en présence du quasi-contrat de gestion d'affaires, quasi-contrat sanctionné par deux actions, une action pour le gérant à fins de répétition des deniers déboursés, une autre action pour le maître à fins de reddition de compte.

Pour terminer avec la gestion d'affaires, telle qu'elle fonctionne à Rome, il faut dire quelques mots encore sur la question de la capacité en cette matière, capacité du gérant et du maître.

Les femmes, aussi bien que les hommes, peuvent entreprendre la gestion des affaires d'autrui et obtenir les différentes actions qui en découlent.

Généralement la loi romaine écarte les femmes des affaires, parce que le rôle essentiel de la femme romaine se borne à être un rôle domestique.

Elle est la gardienne fidèle du foyer.

Et si la loi désigne expressément les femmes en matière de gestion d'affaires, c'est parce qu'il s'agit d'affaires extra-judiciaires dont les femmes peuvent se mêler.

Cette gestion peut devenir pour la femme, selon René de Pierrefeu (2), un devoir moral, s'il s'agit de gérer les affaires de son père absent ou d'un autre parent.

Quant au pupille, nous venons de voir qu'il peut être

(1) Gabolde Louis, *De la gestion d'affaires en droit romain et en droit français*. Thèse, Toulouse, 1871.

(2) Pierrefeu R. (de), *De la gestion d'affaires*. Thèse, Toulouse, 1877, p. 43.

gérant d'affaires et qu'il s'oblige jusqu'à concurrence de son enrichissement.

Toujours pour un motif d'utilité, la loi romaine admet la gestion des affaires des femmes comme celle des affaires des hommes.

Elle considère même comme plus intéressante, car présentant un plus grand avantage, la gestion des affaires des femmes puisqu'elles sont moins capables de bien gérer leurs propres affaires et même moins aptes à choisir le mandataire qui aurait veillé le mieux à leurs intérêts.

Et de même on peut gérer les affaires d'un pupille et même les affaires des enfants qui sont encore dans le sein de leur mère, avec une simple distinction : si l'enfant né n'est pas vivant et viable, on donne au gérant seulement une action utile ; si l'enfant né est vivant et viable, on lui donne une véritable *actio negotiorum gestorum contraria*, car — application faite du principe *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis suis agitur* — le gérant aura réellement géré les affaires d'une personne bien déterminée.

Utilité sociale et équité naturelle, telles sont les bases rationnelles que nous devons assigner en droit romain au quasi-contrat de gestion d'affaires et tels seront les fondements qu'on lui assignera en droit moderne.

Et nous sommes parfaitement de l'avis de M. Turgeon (1), qu'il est inutile de chercher à expliquer les obligations respectives du maître et du gérant, en faisant appel à une fiction, à un mandat fictif que la loi présume avoir été donné par l'un et accepté par l'autre.

Cette fiction est inutile, car l'équité et l'utilité sociale

(1) Turgeon Joseph-Paul, *De la gestion d'affaires*. Thèse, Caen, 1882, p. 125 et suiv.

sont bien des notions si vastes et souples qu'elles suppléent à tout. Elles motivent et justifient suffisamment l'intervention du législateur civil.

La gestion d'affaires, par les services qu'elle rend, empêchant l'appauvrissement du patrimoine d'autrui, maintenant son *statu-quo*, son intégrité ou apportant un enrichissement, fait naître d'abord une obligation sanctionnée par la loi naturelle, une obligation naturelle ou morale.

Le législateur civil n'a fait que sanctionner les principes de la loi naturelle. Par les prescriptions qu'il a insérées dans les articles 1372 et suivants, le législateur civil consacre au plus haut point, comme le dit M. Delbosc, les sentiments d'amour et de fraternité qui doivent unir les hommes.

La loi civile, s'inspirant de la loi naturelle et la complétant, assure à cette obligation une existence légale. C'est là, sans faire appel à une fiction abstraite, le plus naturel dessein du raisonnement humain.

L'institution de la gestion d'affaires est essentiellement humaine, et c'est à ce titre, dit M. Alfred Michel, qu'elle était destinée à survivre à son temps et à son époque. Et dès lors à lui de tirer dans le premier chapitre de son ouvrage ces généralités dont l'ensemble ne fait que dégager parfaitement bien les éléments, le fonctionnement et l'utilité sociale de la gestion d'affaires.

« Favoriser le développement de ce sentiment généreux qui pousse un honnête homme à se faire le défenseur des intérêts d'un absent, sanctionner par des effets juridiques et traduire en obligations positives les rapports que cette immixtion fait inévitablement naître entre celui qui rend le service et celui qui en bénéficie ; mais contenir cette

ingérence dans de sages limites en y attachant comme conséquence une nécessité de rendre compte, qui l'empêche de devenir une occasion de gain ; tel était le but de la loi en créant des liens de droit entre le gérant et le maître. Telle a été l'œuvre que les prudents ont menée au point de sa perfection, avec leur sûreté d'analyse et leur merveilleux sens critique (1). »

*
* *

Voyons maintenant comment se dégagent les règles de la gestion d'affaires durant le xix^e et au commencement du xx^e siècle, d'après le Code civil et suivant l'interprétation successivement apportée aux articles 1372 et suivants du Code civil français.

L'article 1372 du Code civil français, dont les termes sont repris exactement par le Code civil roumain dans son article 987, s'exprime ainsi :

« Lorsque volontairement on gère l'affaire d'autrui, soit que le propriétaire connaisse la gestion, soit qu'il l'ignore, celui qui gère contracte l'engagement tacite de continuer la gestion qu'il a commencée, et de l'achever jusqu'à ce que le propriétaire soit en état d'y pourvoir lui-même ; il doit se charger également de toutes les dépenses de cette même affaire. Il se soumet à toutes les obligations qui résulteraient d'un mandat exprès que lui aurait donné le propriétaire. »

A cette définition, le projet franco-italien sur les obligations a heureusement remédié en employant une formule qui est plus à même de répondre aux conditions

(1) Alfred Michel, *De la gestion d'affaires en droit romain et en droit français*, Thèse, Caen, 1883, p. 2 et suiv.

d'exercice de cette institution et de traduire la pensée juridique de la majeure partie de la doctrine

Regardons d'abord, pour pouvoir mieux nous rendre compte des changements apportés par le dit projet, quels sont les termes qu'il a consacrés à la gestion d'affaires et généralement aux obligations qu'elle fait naître.

Article 61 du projet franco-italien (art. 1372 du Code civil français, et 987 du Code civil roumain). — Celui qui, sans y être obligé, assume sciemment la gestion de l'affaire d'autrui est tenu de continuer et d'achever la gestion commencée, jusqu'à ce que le maître soit en état d'y pourvoir lui-même. Il se soumet à toutes les obligations qui résulteraient d'un mandat exprès que le maître lui aurait donné.

Celui qui est incapable d'accepter un mandat est incapable aussi de s'obliger comme gérant d'affaires ; il est toutefois responsable des dommages qu'il a causés et tenu à raison de son enrichissement sans cause.

Article 62 du projet (art. 1373 du Code civil français, et 988 du Code civil roumain). — Le gérant est obligé de continuer sa gestion, encore que le maître vienne à mourir avant que l'affaire soit terminée, jusqu'à ce que les héritiers aient pu en prendre la direction.

Article 63 du projet (art. 1374 du Code civil français, et 989 du Code civil roumain). — Le gérant est tenu d'apporter dans sa gestion tous les soins d'un bon père de famille.

Néanmoins les circonstances qui l'ont conduit à se charger de l'affaire, peuvent autoriser le juge à modérer les dommages et intérêts qui seraient dus à raison de ses fautes.

Article 64 du projet (art. 1375 du Code civil français,

et 991 du Code civil roumain). — Le maître dont l'affaire a été bien administrée, doit remplir les engagements que le gérant a contractés en son nom, l'indemniser de tous les engagements personnels qu'il a pris et lui rembourser toutes les dépenses nécessaires ou utiles, avec les intérêts à partir du jour où elles ont été faites.

Cette disposition ne s'applique pas à la gestion entreprise ou aux actes de gestion exécutés malgré la défense du maître, à moins que cette défense ne soit contraire à la loi, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.

Article 65 du projet (qui n'a point d'équivalent en droit français et roumain). — La ratification du maître produit les effets du mandat en ce qui concerne la gestion, même si celle-ci a été accomplie par une personne qui croyait gérer sa propre affaire.

Le fait d'avoir changé la définition que le Code civil français, dans son article 1372, donne à la gestion d'affaires, d'avoir trouvé une formule nouvelle pour désigner cette institution et aussi d'avoir établi, dans son article 65, des règles importantes et inédites encore, ce fait constitue-t-il un progrès ?

C'est ce que nous tâcherons de voir maintenant.

Telle qu'elle est formulée par l'article 1372 du Code civil français, la définition de la gestion d'affaires est incomplète et équivoque.

Elle est incomplète parce que, après avoir présumé la première hypothèse, celle où le propriétaire connaît la gestion, il fallait trouver immédiatement une formule pour dire que cela vise le cas où le propriétaire, tout en ayant connaissance de la gestion, s'abstient de faire

aucun acte d'où on puisse induire qu'il approuve ou désapprouve l'immixtion du tiers.

C'est là l'interprétation faite par Troplong (1) et de même par Aubry et Rau (2). Car, de la façon dont il est formulé, le texte de l'article 1372 semble aller à l'encontre de l'idée pourtant bien connue suivant laquelle il ne peut y avoir de gestion d'affaires lorsqu'il est possible de constater un accord de volontés entre les parties, puisqu'alors on se trouve en présence d'un véritable contrat.

Naturellement nous ne poussons pas à l'extrême nos critiques et nous ne soutenons pas, comme l'a fait Toullier, que l'article 1372 par son *facies* a changé toute la théorie du droit romain où il y avait bien ce principe fondamental que la gestion d'affaires ne pouvait avoir lieu qu'à la condition *sine qua non* que cette gestion fût ignorée de celui dont on administrait les biens.

« Remarquons, disait Toullier, que dans les principes du droit romain, si je n'avais pas ignoré qu'un tiers gérât mes affaires, cette connaissance d'un fait que je souffrais, au lieu de m'y opposer, formait entre nous un véritable mandat, par le consentement tacite des deux parties (3). »

Et, quoique Pothier pose le même principe, il semble que les rédacteurs du Code civil s'en soient écartés. Car, d'après la rédaction de l'article 1372, on dégage parfaitement bien que la gestion d'affaires existe alors même que le propriétaire a connu la gestion.

Il est bien entendu que, si l'on prend le texte du Code civil à la lettre, on est obligé de prendre parti en faveur

(1) Troplong, *Droit civil expliqué*, Du mandat, p. 124 et suiv.

(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 636.

(3) Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, t. XI, p. 33.

du raisonnement de Toullier. Et c'est pourquoi, à notre tour, nous avons montré la défectuosité de cette formule, son insuffisance.

Cependant, par voie d'interprétation, nous venons de montrer qu'on peut dégager le véritable sens de la formule employée par le Code. Et si on ne se contente pas de prendre le texte au pied de la lettre, on remarque aisément que les rédacteurs du Code civil n'ont pas cherché à opérer des changements si importants à des notions universellement acquises ; car en somme si le système romain veut que la gestion d'affaires soit entreprise à l'insu du propriétaire, parce que le fait d'administrer les biens d'un tiers ne peut être caractérisé du titre de quasi-contrat qu'autant qu'il n'y a pas de mandat exprès ou tacite, cela ne veut nullement dire que l'ignorance du *dominus rei gestae* doit durer jusqu'à la fin de la gestion, jusqu'à la consommation de l'affaire. Et, comme le dit Troplong, « plusieurs textes prévoient positivement les cas de cette connaissance qui survient après coup, sans enlever à l'agissement la nature de quasi-contrat (1).

Il importe en effet de bien rechercher l'intention du gérant au moment où il se décide à prendre en mains la gestion. Il faut savoir avec quelle volonté le gérant a pris au commencement l'initiative de son immixtion.

Or, s'il n'y avait pas de contrat entre lui et le géré, si — *ab initio* — il n'y avait aucunement un mandat qui lui ait été donné, la ratification ou l'approbation, expresse ou éventuellement consentie par le simple silence, qui lui sont données après coup, ne peuvent pas lui conférer le caractère d'un véritable mandataire.

On peut même ajouter qu'une ratification tacite ne

(1) Troplong, *op. cit.*, p. 126.

transformera jamais la gestion d'affaires en simple mandat, puisqu'il y a bien un article du Code civil, l'article 1985, qui dit que le mandat peut être donné par acte public ou par écrit sous seing privé, par lettre ou verbalement. Donc, si on peut accepter un mandat tacitement, on ne peut en échange jamais le donner sous cette forme.

Tout de même cet argument ne peut pas être décisif, car il y a des auteurs qui, comme Demante et Colmet de Santerre, estiment que, s'il est vrai que l'article 1985 du Code civil français ne parle que d'un mandat écrit ou verbal, il n'est pas moins vrai que cette dernière expression est employée comme synonyme de « non écrit » et qu'il serait contraire à l'esprit dominant du Code d'exiger que certaines paroles fussent spécialement prononcées, alors que l'existence d'un concours de volontés, d'un contrat, serait par ailleurs bien démontrée (1).

Donc on ne peut pas tirer de notre affirmation un argument décisif. Ce qu'il importe de remarquer, c'est que bien souvent la ratification intervient dans des agissements où elle paraît complètement inutile, puisqu'au dessus d'elle trouvent existence la loi écrite et le droit naturel.

Dès lors on ne peut pas admettre, comme le dit Troplong, reprenant à son tour le raisonnement de Cujas, qu'un maître d'affaires, en approuvant ce que le gérant a fait, veut substituer par là un mandat à un simple quasi-contrat de gestion d'affaires.

Et à lui de tirer cette conséquence qu'« il faut laisser la maxime que la ratification est un vrai mandat pour les cas où la ratification est nécessaire pour la décharge de l'agent ».

(1) Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique de Code civil*, t. V, p. 642, 2^e éd., Paris, 1883.

Par conséquent, quand l'article 1372 du Code civil français parle, tout en se servant de termes très imprécis, de la connaissance par le maître de cette gestion entreprise par un tiers relativement à ses affaires, il veut sous-entendre par là même une connaissance acquise après coup, une connaissance qui porte sur un ensemble de faits, d'affaires, gérées dès le début sans qu'il y ait eu aucun contrat de mandat entre le *dominus* et le *gestor negotiorum*.

C'est bien ce sens, cette portée qu'il faut donner à l'article 1372 et aucunement une autre. Car le fondement même de cet article, son esprit, la pensée dont les rédacteurs du Code civil ont été dominés lorsqu'ils l'ont formulé, était uniquement celle que, celui qui volontairement s'est chargé de gérer les affaires d'autrui doit le faire jusqu'à ce que le propriétaire soit en état d'y pourvoir lui-même.

C'est d'ailleurs ce que l'on remarque, si on lit le discours de Tarrible devant le corps législatif : « Tous les actes nécessaires pour la consommation de l'affaire sont autant d'obligations imposées au gérant, tout comme si elles l'eussent été par un mandat exprès et antérieur (1). »

Peu importe le fait de savoir si le maître connaît ou ignore la gestion, s'il l'ignore au commencement, s'il en prend connaissance après, c'est-à-dire durant la gestion. Une seule chose est essentielle : c'est que le gérant doit administrer avec activité, prévoyance, sagesse et persévérance, qu'il doit apporter tous ses soins à la gestion, qu'il doit consommer ce qu'il a commencé.

Pour le reste, toutes ces obligations du gérant n'ont rien

(1) Fenet A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil* ; voir le discours de Tarrible dans le tome XIII, p. 478 et suiv.

à faire, sont complètement indépendantes de l'ignorance ou de la connaissance après coup du propriétaire.

Mais nous avons dit, lorsque nous avons critiqué les termes de l'article 1372 du Code civil français, que la définition qu'il donne est à la fois incomplète et équivoque.

Elle est équivoque parce qu'on y trouve certains mots qui n'ont rien à faire là-dedans, qui ne sont d'aucune utilité et qui ne font que compliquer les choses.

On dit « lorsque volontairement on gère l'affaire d'autrui »...

Il est tout naturel qu'on se demande avec Toullier qu'est-ce que signifie l'adverbe volontairement.

En somme, ce que distingue la gestion d'affaires du mandat, c'est que la première est un quasi-contrat et la seconde un contrat.

Or, le contrat est bien la loi des parties, cette loi que la volonté réciproque d'au moins deux parties a créé ; il est bien avant tout la traduction parfaite sur le terrain pratique de cette volonté.

Le contrat c'est, comme le dit si justement M. Morin, l'homme qui s'est enchaîné lui-même. Or il est de toute évidence que, du moment qu'il s'est enchaîné lui-même, c'est qu'il l'a voulu. Tout contrat suppose par conséquent avant tout un concours de volontés.

Mais, par la définition de l'article 1372 du Code civil français, on aboutirait à ne faire aucune distinction entre la gestion d'affaires — quasi-contrat et le mandat — contrat, parce que dès que l'on administre les biens d'autrui en vertu d'un contrat de mandat, on le fait toujours volontairement, car c'est uniquement l'élément de volonté qui

lie une partie envers une autre. Un mandataire n'est nullement obligé d'accepter le mandat ; et s'il y consent, c'est purement un acte de sa volonté.

Dès lors, qu'on gère l'affaire d'autrui en vertu d'une gestion d'affaires ou qu'on la gère en vertu d'un contrat, c'est toujours le jeu de la volonté humaine qui intervient.

C'est pourquoi nous repoussons catégoriquement l'expression « volontairement », et nous la considérons comme totalement déplacée même si l'on voulait grâce à elle marquer la différence existant entre la gestion d'affaires proprement dite et la situation juridique de ceux qui gèrent les affaires d'autrui en vertu de l'autorité seule de la loi.

Pour ce cas spécial, Toullier qui considère que le mot « volontairement » est inutile et qu'il présente quelque chose de « louche », semble admettre la justification.

Et de même que lui Larombière estime « que ce mot n'a de sens que par opposition aux engagements qui résultent involontairement de l'autorité de la loi ou de faits involontaires qui constituent des délits et des quasi-délits » (1).

Appuyant énergiquement la solution donnée à cette question par le projet franco-italien sur les obligations qui a trouvé une définition où le mot volontairement ne figure pas (2), nous rejetons complètement ce mot de la définition du quasi-contrat de gestion d'affaires même dans l'hypothèse envisagée par Toullier et Larombière.

Car il y a bien des cas où ce caractère volontaire semble faire défaut et où on se trouve tout de même devant une

(1) Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t. VII, p. 406.

(2) Voir l'article 61 du projet franco-italien de Code des obligations et des contrats.

gestion d'affaires, puisque l'action de gestion d'affaires peut être exercée. Et à l'appui de notre raisonnement, nous pouvons apporter des exemples donnés par Larombière même.

Ainsi un débiteur qui a acquitté une dette indivisible ou solidaire ; payant sa dette il a payé en même temps celle de ses codébiteurs. On ne peut pas naturellement soutenir qu'il l'a fait, en y apportant toute sa bonne volonté à cet agissement. Et tout de même cet élément de volonté existait dès le premier abord, dès le moment où, contractant une dette, il s'est engagé solidairement ou indivisiblement avec les autres débiteurs. Donc cet élément de volonté, quoique n'existant pas visiblement, se trouve tout de même dans le fond des choses. Il aura par conséquent une action de gestion d'affaires contre ses codébiteurs.

Mais plus encore, si l'on prend l'exemple d'une personne qui ne s'est pas engagée avec d'autres solidairement ou indivisiblement envers un ou plusieurs créanciers, mais qui en tant qu'héritier est obligé solidairement avec les autres héritiers au paiement d'un rente.

Etant contrainte de la verser, elle aura contre ses cohéritiers une *actio negotiorum gestorum* (1).

Nous n'admettons donc pas les solutions de Toullier et de Larombière, ni même pour ce cas particulier où ils estiment qu'on peut trouver une raison d'être — dont le champ d'application est d'ailleurs très restreint — au mot « volontairement » de l'article 1372 du Code civil.

Nous ne partageons non plus l'opinion de MM. Demen-

(1) Voir en ce sens un arrêt du tribunal de Rennes en date du 26 avril 1834 au *Dalloz*, Code civil adnoté. Livre III, titre IV, p. 662.

geat et de Peyronny qui estiment que le mot de gestion volontaire veut opposer une gestion spontanée à la gestion qui, comme en matière de tutelle est, ordonnée par la loi (1).

Par les exemples que nous venons de citer, on voit bien que les dires de MM. Demengeat et de Peyronny ne peuvent pas tenir debout ; car quand quelqu'un est tenu avec d'autres à payer une dette indivisible et qu'il vient à l'acquitter, on ne pourra jamais prétendre qu'il y a là un acte spontané de sa part. Et de même la spontanéité fait défaut quand un débiteur solidaire paye le total de la dette. Malgré cela on est en présence de l'application de la gestion d'affaires, car celui qui a payé peut exercer contre ses codébiteurs une action *negotiorum gestorum*.

Dès lors, si on n'aboutit à rien par cette expression de gestion volontaire, s'il nous semble qu'on ne peut jamais lui trouver une explication, quoique des grandes autorités comme Toullier et Larombière le lui ont donné dans un cas particulier, si nous ne pouvons pas considérer comme synonymes les expressions « volontairement » et « spontanément », si même les considérant ainsi, nous n'arrivons pas à donner une explication plausible à ce terme employé par le Code civil, si — enfin — il nous paraît que par cette expression le Code ne fait que faciliter une confusion dans les esprits entre le mandat, qui suppose un consentement réciproque à l'agissement qui va s'opérer, et par conséquent un consentement avant tout volontaire et la gestion d'affaires, qui se forme sans aucune intervention de la part de celui dont l'affaire est entreprise, il est tout naturel que nos conclusions soient pour le rejet définitif de cette expression.

(1) M. Demengeat et Ch. de Peyronny, *Du mandat, de la commission et de la gestion d'affaires*, t. II, p. 363, Paris, 1870.

D'ailleurs cette expression a fait naître des controverses très âpres et on ne peut pas dégager, à l'heure actuelle, une idée précise de ce qu'est au juste la signification de ce mot. La difficulté réside justement dans la divergence entre les diverses opinions.

Nous croyons avec Pacchioni (1) qu'on peut généralement distinguer trois courants d'idées qui se sont formés relativement à ce sujet.

D'après un premier, on doit entendre par le mot « volontairement », l'intention de gérer les affaires d'autrui, c'est-à-dire ce qu'on a l'habitude de nommer, de désigner par l'expression *animus negotia aliena gerendi*.

D'après un second courant d'idées, dont les partisans seraient plus nombreux, il faut voir par cette expression l'essence d'un lien de droit, d'un *vinculum juris* en vertu duquel le gérant est tenu de gérer.

Enfin d'autres auteurs entendent établir par là une distinction entre les obligations *quasi ex contractu* et les obligations *ex lege*.

Mais nous avons vu que, pour notre part, nous ne pouvons pas, prenant pour base le mot « volontairement », établir une distinction entre l'obligation quasi contractuelle et l'obligation qui pèse sur quelqu'un uniquement en vertu de la loi.

Quelle est la conception à laquelle s'est conformé le projet franco-talien sur les obligations ?

A lire le texte de l'article 61 de ce projet, on serait tenté de dire immédiatement que le projet embrasse un des deux derniers courants d'idées, mais qu'il en exclut *a priori* le premier.

(1) Pacchioni G., *Tratato della gestione degli affari*, Milano, 1915.

En effet, le texte de l'article 61 du projet franco-italien dit notamment : « Celui qui, sans y être obligé, assume sciemment la gestion de l'affaire d'autrui, est tenu de continuer et d'achever la gestion commencée, jusqu'à ce que le maître soit en état d'y pourvoir lui-même. Il se soumet à toutes les obligations qui résulteraient d'un mandat exprès que le maître lui aurait donné.

Celui qui est incapable d'accepter un mandat est incapable aussi de s'obliger comme gérant d'affaires ; il est toutefois responsable des dommages qu'il a causés et tenu à raison de son enrichissement sans cause. »

On voit très bien, que les rédacteurs du projet franco-italien ont remplacé la vieille formule de l'article 1372 du Code civil par une autre moins équivoque ; on a, en effet, remplacé les mots « celui qui volontairement assume », par les mots « celui qui sans y être obligé, assume sciemment la gestion de l'affaire d'autrui »...

Si nous disions que les rédacteurs du projet franco-italien se sont rangés à l'opinion de ceux qui, selon Peechioni, entendent le mot « volontairement » dans le sens de « intentionnellement », c'est-à-dire considèrent par le mot « volontairement » l'intention de gérer les affaires d'autrui, il est bien entendu alors que ces rédacteurs, n'employant pas la formule traditionnelle du Code, mais l'ayant changée et — dans la nouvelle rédaction — ayant complètement supprimé le mot « volontairement », ont estimé, par là même, qu'il n'est nullement besoin d'un élément intentionnel pour qu'il existe une gestion d'affaires.

Or, dans le *Rapport sur le projet du Code des obligations et contrats commun à la France et à l'Italie*, on lit justement le contraire ; on y voit que la nouvelle formule employée par le projet franco-italien dans son article n'est qu'une

référence expresse à *l'animus negotia aliena gerendi*, c'est-à-dire que le projet ne suppose réalisée pratiquement une gestion que si l'intention chez le gérant de bien gérer les affaires d'autrui et de lui rendre service est évidente.

Et le projet n'établit qu'une seule exception, ou, si l'on veut, une mention particulière dans son article 65 :

« La ratification du maître produit les effets du mandat en ce qui concerne la gestion, même si celle-ci a été accomplie par une personne qui croyait gérer sa propre affaire. »

Par conséquent, le projet franco-italien sur les obligations, quoique interprétant — en France autant qu'en Italie — la doctrine qui a su gagner le plus de terrain sur ce sujet et qui ne reconnaît pas comme gérant de l'affaire d'autrui celui qui a géré cette affaire en la croyant son affaire propre, ce projet qui représente incontestablement le progrès sur la loi écrite ne traduit pas, comme le fait par exemple le Code civil allemand, la véritable pensée qui a animé les juristes — dont il est l'œuvre — en cette matière, par un nouvel article bien distinct.

Il se contente de modifier uniquement les termes des anciens articles qui prêtaient à des confusions et, par l'emploi d'une formule plus heureuse, il laisse sous-entendre la façon intime d'envisager la question par les jurisconsultes des deux nations sœurs et amies qui ont travaillé à la rédaction de cette œuvre législative.

Si, pour ces jurisconsultes, cette formule paraît suffisante, car, comme nous venons de le dire, dans le *Rapport* du projet il y a cette phrase qui dit nettement que dans la formule de l'article 61 il y a une référence expresse à l'intention, nous avouons que — pour notre part — tout en constatant sa supériorité, nous la trouvons encore très obscure. Expliquons-nous :

Nous la considérons d'abord comme très supérieure, mais nous ne pouvons concevoir cette supériorité, que de façon indirecte ; car elle ne représente pas un progrès par une nouvelle création scientifique, par l'affirmation puissante d'un principe rationnel, mais seulement par la négation d'un système néfaste, qu'on aurait dû mettre en brèche dès sa naissance.

Elle présente un progrès par le bannissement de cette expression « volontairement », expression tellement mal placée dans l'article 1372 du Code civil français et de l'article 1141 du Code civil italien, et qui a fait naître tellement de critiques, tellement de controverses et aussi tellement de confusions.

Mais nous trouvons encore assez obscure la nouvelle formule employée par l'article 61 du projet franco-italien parce qu'elle n'indique pas en termes suffisamment précis et clairs quelle est la véritable pensée qui a animé les rédacteurs du projet. Bien au contraire, elle laisse libre jeu à l'imagination de chacun, elle permet à chacun de se hasarder sur le domaine des spéculations les plus variées. Et, pour ne pas cacher notre véritable pensée, nous devons dire qu'en lisant cet article 61, tel qu'il est libellé, nous ne pourrions nullement dégager son véritable sens, celui, en somme, qui lui est assigné par le *Rapport* qu'accompagne le projet.

Pourtant, chose curieuse, sans spécifier nettement, dans un article bien déterminé cette pensée de ses rédacteurs, suivant laquelle l'intention est absolument nécessaire pour que le quasi-contrat de gestion d'affaires se constitue, le projet franco-italien, la laisse entrevoir dans son article 65.

On ne le voit pas, par conséquent, comme il serait tout

naturel, dans le premier article qui s'occupe de la gestion d'affaires et qui devrait nous renseigner sur tous les éléments constitutifs d'une gestion d'affaires.

Par contre, on la déduit indirectement, en lisant l'article 65 du projet. De sorte qu'au lieu de partir d'une hypothèse bien déterminée, d'une prémisse certaine, pour en arriver après à connaître le corollaire, les exceptions de cette hypothèse, on se trouve devant cette situation curieuse de savoir exactement quelle est l'exception, quel est le corollaire et — après les avoir connus — prenant pour fondement leur précision et leur netteté, de bâtir l'hypothèse, le système qui leur a donné naissance.

Basés donc sur l'interprétation donnée par le *Rapport* du projet à l'article 61 du projet franco-italien, on serait dans le doute et, on peut le dire, nous n'arriverions jamais à la conclusion réelle qui s'impose pourtant après la lecture de ce rapport, qui n'est en somme qu'un travail explicatif dû à ceux qui ont eu justement à se préoccuper du fond de la question.

Mais guidés par l'article 65, nous sommes bien obligés, à notre grand étonnement d'ailleurs, de constater que le projet franco-italien exige un élément intentionnel comme condition *sine qua non* de toute gestion d'affaires.

En effet, la mention faite par l'article 65, que nous avons cité *in extenso*, explique que la gestion entreprise par une personne qui croyait gérer sa propre affaire peut, *ex post facto*, produire les effets de la gestion d'affaires si le maître la ratifie postérieurement.

Il résulte clairement que si quelqu'un faisait tous les actes que normalement doit faire un gérant pour une personne quelconque, sans savoir qu'il les accomplit pour cette personne, donc n'ayant aucunement l'intention de

lui rendre un service, mais convaincu que tous les actes qu'il fait, c'est bien pour son patrimoine à lui qu'il les a faits, il résulte, dis-je, suivant l'article 65 du projet franco-italien, qu'il n'y a pas de gestion.

Donc sans l'intention du gérant, il n'y a pas une *negotiorum gestio*, sauf dans le cas où le véritable bénéficiaire des actes accomplis par le gérant veut les ratifier après coup et prendre, par là même, l'engagement de rembourser le gérant de ses impenses.

Telle est la véritable pensée du projet franco-italien sur les obligations, pensée, qu'encore une fois, on ne dégage qu'indirectement.

Nous avons montré jusqu'ici le progrès fait par le projet en employant la formule de l'article 61, nous en avons montré que ce progrès, quoique remarquable, n'était pas suffisant, et nous avons montré la façon dont il envisage l'élément intentionnel ; ceci nous permet de conclure que, dans cette matière encore, le progrès du projet franco-italien n'est en somme qu'une simple amélioration de forme, le fond même du problème restant le même.

* * *

Mais le fait d'exiger un élément intentionnel pour la constitution de la gestion d'affaires, ce fait représente-t-il par lui-même un progrès ? Ou bien, guidés justement par le rôle social que la gestion d'affaires est amenée à remplir de plus en plus aujourd'hui et par son fonctionnement en tant qu'instrument juridique destiné à justifier des solutions équitables, devrait-on se préoccuper moins de cette intention, de cet *animus negotia aliena gerendi* et envisager surtout les résultats pratiques ?

Nous ne pouvons répondre à cette question qu'après avoir envisagé comment les divers auteurs ont considéré et considèrent encore cet élément intentionnel. Après quoi nous montrerons notre façon de considérer les choses et nous verrons, par là même, pourquoi la solution du projet franco-italien, telle que nous l'avons développée, est improprie à correspondre aux nécessités d'aujourd'hui, pourquoi, sur ce sujet encore, le projet franco-italien sur les obligations est encore en retard sur la marche de la société, telle que nous la considérons à l'heure actuelle.

Suivons donc pour le moment dans un ordre chronologique autant que possible les diverses conceptions qui se sont formulées quant à la nécessité de l'élément intentionnel pour la gestion d'affaires après Pothier, dont les rédacteurs du Code civil n'ont fait que subir les influences et qui soutient que la *negotiorum gestio* n'existe que lorsque le gérant a eu l'intention de faire l'affaire d'autrui.

Il apparaît que Duranton (1) n'envisageait pas l'intention comme un élément indispensable de la gestion d'affaires. En effet, pour lui il y a trois conditions qui sont requises pour que le quasi-contrat *negotiorum gestorum* se forme :

- a) faire l'affaire d'un autre ;
- b) ne pas la faire en vertu d'un mandat du *dominus* ;
- c) faire cette affaire en vue, « non seulement de lui être utile, mais aussi de l'avoir pour obligé envers soi, du moins à l'effet d'avoir une action contre lui ».

(1) Duranton, *op. cit.*, t. XIII, p. 660 et 661.

Rien, par conséquent, en ce qui concerne l'intention.

De plus encore, Duranton ajoute cette phrase très éloquente : « Et si j'ai fait comme pour vous seul ou comme pour moi seul, une affaire qui nous était commune, ...j'ai l'action *negotiorum gestorum* et vous l'avez contre moi pour votre part dans l'affaire » (1).

On voit bien par conséquent que Duranton n'attache la moindre importance à cet élément qui a fait naître pourtant tant de discussions soit en doctrine soit, comme nous le verrons, en jurisprudence.

Laurent, au contraire, ne peut pas concevoir une gestion d'affaires s'il n'y a pas l'intention de gérer.

Il estime en effet que suivant l'article 1370 du Code civil français, les engagements qui résultent d'un quasi-contrat naissent d'un fait personnel, et ce fait est un fait volontaire. La volonté joue par conséquent un rôle capital et, dit-il, la volonté c'est l'intention de celui qui gère.

C'est là un des auteurs, et non de la moindre importance, qui ont déterminé Pacchioni à tirer cette conclusion qu'il y a un courant d'idées suivant lequel le terme « volontairement » de la définition faite par l'article 1372 du Code civil français signifie « intentionnellement ».

Donc pour Laurent la question est très nette ; elle ne peut présenter aucune difficulté, car elle serait résolue, *ipso facto*, par les textes du Code civil qui emploient le mot volonté comme synonyme à celui d'intention.

« Quand on dit que le gérant doit avoir eu l'intention de gérer l'affaire d'autrui, on entend dire qu'il doit avoir eu la volonté de faire une affaire, c'est-à-dire un acte à

(1) Duranton, *op. cit.*, t. XIII, p. 662.

titre onéreux d'où résulte une obligation pour le maître et un droit pour le gérant (1). »

Et alors, quand l'élément de volonté manque, comme on ne peut pas avoir un droit sans le vouloir, il est certain pour Laurent que le gérant ne pourra pas bénéficier de l'action de la gestion d'affaires, action qu'on ne peut pas faire jouer au profit de ceux qui n'ont pas entendu gérer l'affaire d'autrui.

Nous considérons pour notre part comme complètement erroné le raisonnement de Laurent. Car, si l'on admettait ses dires, il y aurait d'autres principes qui seraient véritablement compromis, des principes de base et fondamentaux à tel point que leur utilité, de plus en plus reconnue avec l'évolution progressive des civilisations, a forgé justement l'institution de la *negotiorum gestio*. Ce sont les principes de l'équité et de l'utilité sociale qui exigent, dans un monde se trouvant sur l'échelle du progrès, leurs droits de vivre.

Et nous ne partageons point l'avis de Laurent quand il estime que cette équité recevra autrement satisfaction.

Certes, une certaine consécration sera donnée à ces agissements qui puisent leurs sources uniquement dans le cœur humain et qui, dès lors, sont conformes à cette notion abstraite d'équité, forgée justement — elle aussi — par les humains.

Mais combien peu les impulsions altruistes de certains êtres, l'ensemble de leurs penchants innés ou cultivés, de leurs instincts sympathiques à l'égard de ceux que le hasard de la vie n'a pas toujours favorisé, seraient-ils

(1) Laurent, *op. cit.*, t. XX, p. 352.

récompensés ! Et combien leur élan constructif serait-il découragé !

Car, en effet, le champ d'application de la *versio in rem*, par laquelle Laurent tâche de satisfaire les règles de cette équité naturelle lorsque le gérant n'aurait pas l'action de gestion d'affaires, parce qu'il n'aurait pas eu l'intention précise de gérer l'affaire d'autrui, ce champ d'application est par trop étroit.

En somme, une des règles des plus simples et certaines réside dans le principe qu'un gérant peut exiger le remboursement de toutes les dépenses nécessaires et utiles qu'il a faites, utilité s'appréciant au jour où ces dépenses ont été effectuées, tandis que, au cas d'enrichissement sans cause, la même utilité des dépenses, le profit réalisé, n'est apprécié qu'au jour où l'action de l'appauvri est intentée.

Par conséquent, selon Laurent, celui qui rend service à autrui et dans l'agissement duquel l'élément intentionnel n'est pas saillant, n'aura pas contre le tiers l'action de la gestion d'affaires, mais uniquement une action de *in rem verso*, de beaucoup moins favorable que la première, parce que cette action jouera uniquement jusqu'à concurrence du profit réalisé par le tiers à la suite de la gestion.

Nous croyons que par ce système, loin de satisfaire l'équité, nous la lésons profondément.

Certes, nous admettrions bien volontiers cette solution, si on modifiait totalement le fondement de l'institution de l'enrichissement sans cause, si — comme nous allons le démontrer — on l'élargissait beaucoup, de façon à ce qu'elle forme un tout indivisible avec la gestion d'affaires, de façon à ce qu'elle englobe la *negotiorum gestio* dans sa sphère juridique, sans d'ailleurs bannir du vocabulaire

juridique cette notion de gestion d'affaires, par trop traditionnelle et imprimée dans l'esprit juridique des peuples latins.

Nous pourrions alors, tout en laissant subsister cette vieille notion pour la commodité du langage, développer tellement la notion d'enrichissement sans cause, qu'elle finisse par sanctionner tout acte de gestion, toute immixtion — intentionnelle ou non — non pas de façon impropre, comme elle le fait actuellement lorsqu'il s'agit d'une ingérence dépourvue de l'élément intentionnel, mais conformément à ce que nous pensons être la véritable logique juridique, cette logique qui ne pourra pas faire naître des confusions en n'encourageant point les divergences.

Mais il s'agit là, comme nous l'avons indiqué, d'un changement profond, inconnu par la jurisprudence et — pour le moment — pas encore suggéré par la doctrine, changement apporté justement à une des règles de base de l'enrichissement sans cause et dont nous parlerons en étudiant le fonctionnement de cette institution.

Pour Demolombe, dire que les obligations qui peuvent résulter d'un quasi-contrat de gestion d'affaires naissent du fait même de la gestion et de la loi, comme l'a fait la Cour de cassation par un arrêt célèbre rendu en 1872 (1), et non pas de l'intention des parties, c'est approuver un système qui n'est pas juridique.

Car la nécessité de l'intention qui pour Demolombe paraît être exigée comme première condition de la gestion d'affaires, est formulée par le Code civil. C'est la volonté du gérant d'entreprendre l'affaire d'autrui.

(1) Arrêt en date du 18 juin 1872, D. 1872.1.471.

Voilà par conséquent encore un auteur de grande renommée qui considère que l'article 1372 du Code civil français, employant le mot *volonté*, a songé à l'intention.

Et Demolombe ajoute, pour bien montrer qu'il s'agit de la *volonté* et pas d'autre chose, pour bien séparer aussi la notion de quasi-contrat de celle du contrat : « nous ne disons pas le *consentement* ».

« C'est pour la formation des contrats que le *consentement* est exigé par l'article 1108, et telle est précisément la différence élémentaire, qui sépare les obligations qui se forment par convention, d'avec les obligations qui se forment sans convention. Le *consentement* serait exclusif de la gestion d'affaires ; il y aurait alors un contrat de mandat, il n'y aurait pas de quasi-contrat (1). »

On voit donc très nettement que Demolombe n'embrasse pas la thèse qui a triomphé dans la jurisprudence, — du moins vers la fin du dernier siècle, car en 1919 (2) elle a changé d'avis — et qui a été soutenue par un nombre considérable d'auteurs, thèse selon laquelle, pour reconnaître l'existence du quasi-contrat de gestion d'affaires, il faut s'attacher au fait matériel de la gestion, sans qu'il y ait lieu de se préoccuper de l'élément intentionnel.

La repoussant, Demolombe nous enseigne qu'il faut toujours rechercher l'intention et, à cet effet, il faut étudier cet élément tant du côté gérant, que du côté géré.

Car la notion première de ce quasi-contrat et sa plus naturelle origine est bien celle d'une immixtion avec l'intention de rendre service.

(1) Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XXXI; *Obligations*, t. VIII, p. 55.

(2) Voir l'arrêt de la Cour de cassation, Ch. civ., en date de 25 juin 1913, *Gaz. Trib.*, 8.12.1919.

« L'intention du gérant d'administrer l'affaire d'une certaine personne déterminée, nous paraît être le caractère véritablement distinctif du quasi-contrat de gestion d'affaires (1). »

En résumé donc, pour Demolombe, l'intention est l'élément *sine qua non* de toute gestion d'affaires et, quoique le Code civil ne le spécifie que par le mot « volontairement » de la définition de l'article 1372, cette intention est le but même de l'institution.

Les obligations qu'elle produit envers le gérant, obligations qui dérivent uniquement de l'équité et que l'autorité de la loi consacre, font naître la nécessité de cet élément intentionnel.

Une chose qui semble tout à fait curieuse, c'est que Demolombe cherche à tirer un argument puisé dans le Code civil en faveur de sa thèse, tout en reconnaissant que le Code civil, employant le même terme « volontairement » un article auparavant, lui a donné une signification différente.

En effet, dit Demolombe, il s'agit dans l'article 1371 d'engagements formés sans convention, en opposition avec les engagements formés par l'autorité seule de la loi et donc involontairement.

Et à l'article 1372 il attribue au mot « volontairement » le sens intentionnel. Il nous paraît curieux de voir que le même auteur cherche à donner une double explication à un terme qu'on trouve en deux articles successifs placés, tous deux, sous la même rubrique des quasi-contrats.

Il ne considère pas d'ailleurs, pour démontrer la nécessité de l'intention, cet argument comme décisif. Il en tient

(1) Demolombe, *op. cit.*, t. XXX ; *Obligations*, t. VIII, p. 71.

compte tout de même et il l'invoque à l'appui de sa thèse.

« ...il se peut qu'il (le mot « volontairement ») n'ait pas été fait exprès pour la consacrer (l'intention) ; la vérité est que finalement il la consacre, et qu'ainsi entendue, la disposition qu'il renferme, est très conforme à l'idée primitive, d'où la gestion d'affaires est issue » (1).

Demante et Colmet de Santerre estiment qu'il faut tenir compte des intentions du gérant, car le quasi-contrat de gestion d'affaires suppose une gestion d'affaires entreprise dans l'intérêt d'autrui.

Et ils ajoutent que : « celui qui a fait l'affaire d'autrui, croyant faire la sienne propre, ou dans des vues d'intérêt personnel, ne peut être traité aussi avantageusement qu'un gérant d'affaires et qu'il ne peut agir contre le maître que jusqu'à concurrence de ce dont celui-ci se trouve enrichi, *de in rem verso* » (2).

Cela revient à dire exactement comme Laurent que le gérant ne peut pas bénéficier de l'action de gestion d'affaires, action qu'on ne peut faire jouer qu'au profit de ceux qui ont entendu gérer l'affaire d'autrui.

Et tout comme Laurent, Demante et Colmet de Santerre font, dès lors, appel à l'*in rem versum* qui apparaît ainsi comme un débouché nécessaire en absence de moyens plus propres à satisfaire aux exigences de l'équité.

Mais nous avons indiqué les inconvénients de cette solution, inconvénients qui proviennent surtout d'une mauvaise réglementation de l'action de *in rem verso*.

(1) Demolombe, *op. cit.*, t. XXXI ; *Obligations*, t. VIII, p. 73.

(2) Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique de Code civil*, t. V, p. 643, 2^e éd.

Pour Larombière, l'intention du gérant n'est d'aucune considération dans un quasi-contrat où les faits sont tout (1).

Dans leur étude sur l'enrichissement sans cause, MM. Ripert et Teisseire estiment que la notion de gestion d'affaires, prise dans le sens pratique le plus large, est synonyme du bénéfice créé à autrui (2).

Le gérant d'affaires, ressemblant à un représentant légal, tel que la loi désigne en certains cas, le maître est tenu de remplir envers les tiers les engagements contractés par le gérant.

A la question de savoir si le profit procuré est bien l'élément caractéristique de la gestion d'affaires, les auteurs cités répondent par la négative, car, disent-ils, ce profit peut exister dans une infinité de situations très différentes.

« Ce sera le caractère volontaire de cette représentation provenant de l'initiative du géré ; ce sera en un mot réellement, et non pas suivant la subtilité du droit, comme le disait Pothier, l'intention de gérer le patrimoine d'autrui, l'intention de représentation (3). »

La pensée de MM. Ripert et Teisseire se dégage très nettement de cette phrase. Il résulte clairement que, pour eux aussi, l'élément intentionnel est très important pour l'existence de la gestion d'affaires.

M. Goublet dit que le mot volontairement de l'article

(1) Larombière, *op. cit.*, t. VII, p. 419.

(2) Ripert et Teisseire, *Essai d'une théorie générale de l'enrichissement sans cause en droit civil français*, article paru dans la *Revue trimestrielle de droit civil* de 1904.

(3) Ripert et Teisseire, *op. cit.*, p. 744.

1372 indique que le gérant sait qu'il s'agit de l'affaire d'autrui.

Donc, pour Goublet, comme pour Laurent, comme pour Demolombe, comme pour tous ceux qu'on peut englober dans la première catégorie envisagée par Pachioni, le mot *volonté* signifie l'intention de gérer l'affaire d'autrui, l'*animus negotia aliena gerendi* (1).

Il paraît que pour MM. Aubry et Rau, l'élément intentionnel n'est d'aucune considération dans la question de savoir si on se trouve ou non devant une hypothèse de gestion d'affaires ; d'après la définition qu'ils donnent, « toute personne capable de contracter, qui sans mandat, exprès ou tacite, entreprend volontairement la gestion d'une affaire d'autrui, se soumet, par suite de ce fait, envers celui que l'affaire concerne, à toutes les obligations que l'acceptation d'un mandat impose au mandataire » (2), définition critiquée par M. Bartin, il résulte clairement que le fait pour le gérant de s'être trompé sur la personne dont il voulait entreprendre la gestion, n'est d'aucune importance.

Mais, et c'est par là qu'il nous semble que MM. Aubry et Rau font totalement abstraction de l'*animus gerendi*, ils ajoutent qu'il « importe également peu qu'il (le gérant) ait agi pour des motifs d'intérêt purement personnel ou en considération de l'intérêt du maître de l'affaire » (3).

M. Capitant exige, lui aussi, un élément intentionnel pour qu'il y ait un acte de gestion d'affaires.

(1) Goublet, *op. cit.*, p. 58 et 59.

(2) Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VI, p. 295, 5^e éd.

(3) Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VI, p. 296, 5^e éd.

Seulement il nous semble que les opinions de M. Capitant, le chemin le conduisant à un résultat presque analogue, varient suivant qu'on envisage d'un côté, un article qui lui est dû et ayant trait au *Traité des obligations en général* de M. Demogne, t. III et IV, d'un autre côté le second tome du *Manuel élémentaire de droit civil* de MM. Colin et Capitant.

Dans son article paru dans la *Revue trimestrielle de droit civil* de 1925, M. Capitant soutient que le domaine de la gestion d'affaires « embrasse tous les actes matériels ou juridiques qui ont été accomplis dans l'intérêt d'autrui avec l'intention au moins présumée de rendre service » (1). Il estime que cette intention est le trait caractéristique de la gestion d'affaires. Et il ajoute, ce qui est essentiel, que cette intention peut être seulement présumée, présomption établie en vertu d'un lien antérieur qui unit le gérant au géré.

Et, se référant à un arrêt de la Cour de cassation, en date du 18 juin 1872, D. 1872.1.471, qui disait que les obligations réciproques qui peuvent naître du quasi-contrat de gestion d'affaires naissent du fait même de la gestion et de la loi et non de l'intention des parties, et à un arrêt d'un contenu semblable en date du 14 juillet 1890, D. 1891.1.49, toujours M. Capitant dit notamment :

« En matière de gestion d'affaires, ce n'est pas la volonté du gérant qui est la cause génératrice des conséquences juridiques attachées à l'acte. Comment, en effet, la volonté d'une personne pourrait-elle faire naître des obligations à la charge d'une autre ?

(1) Capitant, Article sur le *Traité des obligations* de M. Demogne, dans la *Revue trimestrielle de droit civil* de 1925, p. 54.

La volonté seule du gérant pourrait-elle obliger le maître de l'affaire (1) ? »

M. Capitant estime donc que c'est la loi qui, uniquement pour des raisons d'équité, fait produire des effets juridiques à toute gestion d'affaires. Et ces raisons ne se rencontrent que dans le cas où l'acte accompli a été inspiré par le désir de rendre service à autrui.

« Dès lors M. Capitant de tirer cette conclusion « qu'il est juste que le législateur vienne au secours de celui qui est mû par un sentiment désintéressé ».

Si telle est l'argumentation de M. Capitant, il est bien entendu logique de penser — lorsqu'il parle des règles de l'équité qui exigent de récompenser ceux qui sont mûs par des sentiments généreux — que M. Capitant trouve réellement nécessaire un élément intentionnel pour qu'il existe une gestion d'affaires.

Mais, ce qui nous paraît tout à fait curieux, c'est d'admettre le principe qu'il enseigne et d'après lequel un acte de volonté de la part d'une personne ne peut pas engager une autre personne.

Malgré la grande autorité de M. Capitant, nous ne partageons pas son point de vue.

Il nous semble, en effet, et nous l'avons déjà démontré, que c'est tout à fait naturel que la volonté d'une seule personne puisse engendrer des obligations à la charge de plusieurs.

On ne peut pas dire que c'est uniquement le contrat qui fait naître des engagements réciproques.

La vie sociale serait alors bien réduite ; elle ne

(1) Colin et Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, p. 720, 4^e éd.

correspondrait en tout cas pas à la marche de la société.

Or, le droit doit évoluer en même temps que la société ; il doit sanctionner par ses règles, les règles de la société.

Une personne peut fort bien, uniquement sous l'empire de sa volonté, faire naître des obligations dont l'exécution appartiendrait à la charge de certaines autres personnes. Naturellement, en ce faisant, elle doit suivre ces impulsions profondes dont la source est le cœur humain et dont la cause la plus rapprochée, le motif déterminant est le bien-être des individus. C'est toujours la même notion d'équité naturelle, d'utilité sociale, qui paraissent sous un jour toujours plus beau, qu'on se place sur le terrain du droit ou sur le terrain de la morale, sur le terrain social comme généralement sur le terrain humain.

Et la seule chose qu'on peut et qu'on doit exiger, c'est d'être circonspect, de savoir dompter les élans en les guidant vers l'idéal.

Nous apportons en faveur de notre façon de voir, l'argumentation si claire et remarquable de M. Maurice Picard (1).

Il estime que si la grande majorité des auteurs a rattaché la théorie de l'obligation à la notion de volonté, c'est que le Code civil s'est montré fort soucieux de l'indépendance juridique des individus les uns à l'égard des autres.

Le principe fondamental qui a guidé les rédacteurs du Code civil consiste dans ce fait que le contrat est la source essentielle de l'obligation.

(1) Picard Maurice, *La gestion d'affaires dans la jurisprudence contemporaine*, article paru dans la *Revue trimestrielle de droit civil* de 1921-1922.

Dans le contrat, c'est la volonté de l'individu qui paraît comme un outil indispensable, car tout y repose sur cette notion.

Et la seule limite de cette volonté, c'est bien la volonté des autres. L'être humain n'est lié que par sa propre volonté.

Mais c'est là la conception plutôt traditionnelle, la conception qui était à la base du Code de 1804.

Depuis lors, le progrès symbolisé par cette expression de bien-être général, pose bien d'autres règles dont le schéma est d'ailleurs tracé par la marche évolutive du droit.

C'est à ce principe que nous nous sommes attachés lorsque, modestement, nous avons tâché de proclamer notre foi dans la force créatrice de la volonté unilatérale.

C'est le même principe qui a guidé M. Demogue lorsqu'il a élargi et développé la notion de quasi-contrat dans le sens du quasi-contrat social.

Et c'est le même raisonnement qui rayonne dans la pensée de M. Picard quand il nous montre, employant ce langage simple et subtil qui lui est familier, la différence qu'il y a dans les traits distinctifs d'une société plus de cent ans après que les règles de base de cette société ont été formulées et quand il nous enseigne que tous ces principes, souvent rigides, doivent souffrir des changements, doivent revêtir le moulage de l'époque.

Il dit notamment :

« Certes, d'une façon générale, ces principes (les principes grâce auxquels les individus ne sont liés que s'ils le veulent et dans la mesure où ils le veulent) étaient d'accord avec le milieu social de 1804 ; mais combien nous en sommes éloignés aujourd'hui ! Au fur et à mesure que ce

milieu s'est transformé sous l'influence des forces économiques dont l'histoire a été tant de fois retracée, la doctrine de l'autonomie de la volonté a reçu des atteintes de plus en plus graves. A côté et à l'encontre de la notion de volonté, d'autres notions auxquelles, sans doute, le Code avait fait une place, mais si réduite, se sont développées, représentant et réalisant les exigences du milieu nouveau : ordre public, équilibre ou équivalence, apparence ou confiance légitime. La théorie de l'obligation, dont on exagérait volontiers le caractère immuable, en a été profondément secouée (1) ».

L'opinion de M. Capitant nous paraît d'autant plus curieuse qu'il estime que la considération de l'arrêt de la Chambre des requêtes du 18 juin 1872 est exacte, mais — ajoute-t-il — la Cour de cassation a négligé de démontrer que la loi a attaché cet effet à un acte qui n'a pas été inspiré par le désir de rendre service à autrui.

Il résulte indirectement que s'il s'agissait d'un autre acte, d'un acte dont la substance serait imbue du désir de rendre ce service, l'arrêt de la Cour de cassation ne serait pas partagé par les idées de M. Capitant.

Parlant de la gestion d'affaires dans son *Cours de droit civil*, M. Josserand évite de prononcer le mot « intention ».

Il estime cependant que c'est un élément de première importance pour qu'il y ait réellement une gestion d'affaires.

Il dit qu'il faut que l'immixtion dans les affaires d'autrui soit consciente de la part de celui qui y procède, et il

(1) Picard M., article cité, *Revue trimestrielle de droit civil* de 1921, p. 449.

interprète le mot volontairement de l'article 1372 comme étant synonyme du mot consciemment.

C'est par conséquent une gestion faite en toute connaissance de cause.

On remarque encore de façon très nette quoique indirecte, la pensée de M. Josserand lorsqu'il dit que « la question (celle de savoir s'il y a gestion lorsqu'un individu administre la chose d'autrui, croyant gérer ses propres intérêts) a été tranchée par la jurisprudence ainsi qu'elle devait l'être » (1).

M. Josserand exige donc l'intention chez le gérant, car il fait allusion à la jurisprudence qui s'est prononcée en ce sens dans le dernier arrêt très important de la Chambre civile, en date du 25 juin 1919.

MM. Planiol et Ripert exigent naturellement pour toute immixtion dans les affaires d'autrui un élément intentionnel.

La chose ne nous étonne pas trop. Dans leur ouvrage, le plus récent dans la matière, ils ont consacré la règle presque universellement acquise aujourd'hui.

Ils ont suivi le mouvement jurisprudentiel et ils ont adhéré à la formule que la Cour de cassation a employée en 1919. Ils ont vu depuis lors le mouvement doctrinal qui s'est produit et qui se reflète de façon très complète dans le projet franco-italien sur les obligations qui, comme nous l'avons montré, changeant la formule de l'article 1372, a sous-entendu — par les nouveaux termes qu'il utilise — consacrer le principe de l'*animus gerendi*.

On voit très bien leur pensée, quand on lit dans leur ouvrage que « le double fondement des obligations nais-

(1) Josserand L., *op. cit.*, t. II, p. 687.

sant de la gestion manque quand on a géré l'affaire dans une intention purement égoïste, en vue de faire sa propre affaire et alors même que par erreur on a géré l'affaire d'autrui en croyant gérer la sienne propre » (1).

Si on voulait disséquer la pensée de MM. Planiol et Ripert, comment faudrait-il développer le raisonnement qui les conduit à cette conclusion ?

Selon la formule dont ils se sont servis, il nous semble que si le fondement de ces obligations de *negotiorum gestio* manque, il est tout naturel qu'en même temps ces obligations ne puissent pas exister, car on ne conçoit pas comment on pourrait bâtir une institution, sans lui en trouver d'abord le levier qui la soutienne.

Et alors, il est assez compréhensible que s'il n'y a pas d'obligations, d'engagements qui incombent de part ou de l'autre, on n'est pas dans le domaine de la gestion d'affaires, institution qui — comme on le sait — fait naître des obligations qui pèsent à la fois sur le gérant et sur le géré. On arriverait par conséquent à cet état de choses paradoxal de constater un fait qui constitue à lui seul la cause et l'effet.

La cause serait, pour employer les termes dont s'est servie la Cour de cassation en 1872, le fait même de la gestion. C'est cette gestion qui devrait être la cause des obligations qui pourtant n'existeront pas, parce que la gestion étant entreprise, selon MM. Planiol et Ripert, sans intention, ces obligations manqueraient de fondement.

L'effet devrait être le résultat utile pour autrui et il devrait engendrer des obligations. Ces obligations n'exis-

(1) Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, p. 9 et 10.

tant pas quand on gère les affaires d'autrui dans une intention égoïste, on sera en face d'une cause dépourvue de tout effet.

Dès lors, l'effet de cette *negotiorum gestorum* sera toujours le fait même de la gestion.

On se trouvera, en effet, en face d'un état réel de choses : l'ingérence dans les affaires d'un tiers qui, prise en tant qu'un fait à part, *in abstracto*, est bien un effet, un résultat, et on ne saura à quoi attribuer cet état de choses qui n'est en somme qu'une conséquence, un résultat. On verra bien ce résultat, mais on n'en trouvera aucune cause.

C'est ainsi qu'il nous semble qu'il faut arriver à la construction de la formule employée par MM. Planiol et Ripert.

Nous n'avons fait que tracer la façon dont, selon nous, MM. Planiol et Ripert sont arrivés à la conclusion de la nécessité de l'intention pour pouvoir bénéficier de l'action de gestion d'affaires, pour être, en un mot, dans cette circonstance où l'immixtion dans les affaires d'autrui paraît tout à la fois utile et nécessaire.

Nous ne partageons pas leur point de vue dans l'ensemble et nous allons démontrer par la suite quels sont les motifs de nos penchants.

Fidèles à notre méthode, nous avons laissé pour la fin l'opinion de M. Demogue.

Le grand civiliste français analyse dans son *Traité des obligations*, la gestion d'affaires avec cette abondance de documentation, cette clarté et cette richesse d'argumentation qui lui sont habituelles.

A vrai dire, M. Demogue, sans méconnaître le rôle de l'élément intentionnel dans tout acte d'immixtion dans

les affaires d'autrui, ne veut pas cependant lui en exagérer la portée.

Il commence son étude par rappeler la décision suivant laquelle la Cour de cassation n'exigeait aucun élément intentionnel, mais uniquement le fait d'une gestion.

En effet, le fameux arrêt de la Chambre des requêtes du 18 juin 1872 disait que le quasi-contrat de gestion d'affaires naît du fait même de la gestion, que l'intention du gérant ne doit pas être prise en considération, qu'il faut et qu'il suffit qu'il y ait gestion utile de l'affaire d'autrui.

Selon l'énoncé de cet arrêt, l'action de gestion d'affaires appartient en somme non seulement à celui qui, de bonne ou de mauvaise foi, a entendu faire sa propre affaire lorsque en réalité il faisait l'affaire d'autrui. Dans tous les cas il faut qu'il existe une affaire d'autrui qui fasse la matière de la gestion.

M. Demogue montre après dans son étude les conclusions que l'on pouvait tirer du point de vue jurisprudentiel de cet arrêt de 1872.

Puis, discutant la solution de la Cour de cassation en date du 25 juin 1919, solution suivant laquelle il faut un élément intentionnel chez le gérant pour qu'on puisse réellement parler d'une gestion d'affaires, il l'approuve non pas parce qu'il serait difficile de modifier le fondement ancien de la théorie qui était le désir de favoriser les bonnes intentions par un sentiment d'équité, mais surtout parce que ces intentions, conformes à l'utilité sociale, faisaient naître une série d'obligations envers le gérant.

Se plaçant sur le terrain social, comme il le fait tout le temps et comme il nous semble qu'on devrait se placer tous si l'on voulait avoir réellement des systèmes juridiques

qui puissent refléter l'état réel de la société humaine, M. Demogue estime, et c'est là une opinion que nous nous empressons d'embrasser, qu'il y a bien des cas où une intention légale peut suppléer à l'intention de fait (1).

Par ce système très ingénieux, on pourra faire application des règles de la gestion d'affaires dans des cas où on a cherché son propre intérêt et réalisé en même temps celui d'autrui (2).

A la base de cette gestion d'affaires et des actions qu'elle fait naître, à la base de cette immixtion où on ne peut pas distinguer dès le premier abord l'élément intentionnel et à laquelle on conférera tout de même le titre de *negotiorum gestio*, il y aura une idée de solidarité sociale, cette idée que « dans la vie il se forme naturellement de petits groupes dans lesquels de plein droit un régime sociétaire doit s'organiser ».

Envisageant l'avenir juridique de ces institutions forgées par la vie en société, M. Demogue estime qu'il semble préférable de dire que même en dehors de tout *animus gerendi*, il doit y avoir une gestion d'affaires.

Le système de la gestion d'affaires semble à avoir l'avenir pour lui. Effaçant les conséquences de certaine erreur, on doit admettre, dès à présent, qu'il y a *negotiorum gestio* si, ayant cru gérer l'affaire d'une personne, le gérant a géré celle d'une autre.

Et à M. Demogue de tirer cette conclusion, toute de bon sens et de logique, que l'intention du gérant est incontestablement prise en considération à un certain point de vue.

(1) Demogue R., *Traité des obligations*, t. III, p. 34.

(2) Demogue R., *op. cit.*, p. 31.

Il s'en suit donc nettement qu'il ne faut pas exagérer trop le rôle que cet élément de fait est appelé à jouer.

Par la conception qu'il défend, M. Demogue est l'auteur dont nous partageons le plus les opinions.

C'est en effet un système sensiblement analogue que nous considérons comme le meilleur en matière, quoique nous poussons encore beaucoup plus loin cette idée et nous en revenons à la formule que la Cour de cassation a employée en 1872, en excluant tout à fait l'intention des éléments dont la réunion serait nécessaire pour la constitution d'une gestion d'affaires et en ne regardant que le résultat final sans prêter aucune attention au but poursuivi par celui qui a entrepris la gestion de l'affaire d'autrui.

Il nous semble être là sur le bon chemin, car autrement, si on tenait rigoureusement à la manifestation de cet élément intentionnel, il y aurait d'innombrables iniquités sociales qui s'en suivraient : il suffit de songer aux hypothèses dans lesquelles quelqu'un, par ses agissements, apporterait de véritables services à autrui et où tout de même il n'aura aucune récompense, pas même le remboursement des déboursements faits, et cela uniquement parce qu'il n'a pas agi avec l'intention de rendre service à autrui ; en outre, comme en absence de tout élément intentionnel, il n'y aurait aucune gestion d'affaires, nous ne voyons pas quel autre fondement juridique on pourrait attribuer à des solutions jurisprudentielles et extrêmement importantes.

Car, avant tout, il faut remarquer que la gestion d'affaires est un instrument juridique dont l'utilité est très grande.

C'est un instrument dont les qualités sont nombreuses et dont la souplesse et la richesse qu'il réalise n'en sont pas

les moindres. C'est un instrument juridique dont l'importance est telle qu'elle amène M. Picard à cette conclusion fort intéressante selon laquelle tous les divers effets que le Code civil fait ressortir dans ses articles 1372, 1374 et 1375 de la gestion d'affaires ne sont que la somme des utilités que peut remplir la gestion d'affaires (1).

A l'appui de sa thèse, M. Picard apporte la collaboration de la jurisprudence.

C'est ainsi qu'il trouve que la jurisprudence établie en ce qui concerne la responsabilité des notaires est une des meilleures preuves de l'idée exprimée, à savoir l'élasticité et la souplesse de cette gestion d'affaires qui « est utilisée par les tribunaux comme un instrument commode leur permettant d'atteindre des fins déterminées ».

La gestion d'affaires apparaît comme un instrument juridique destiné à justifier une solution équitable.

Les tribunaux, dit M. Picard, avaient besoin de la notion de gestion d'affaires pour justifier juridiquement la condamnation du notaire. Par elle, ils rattachaient cette condamnation à l'idée même sur laquelle s'appuie la responsabilité professionnelle.

Donc la gestion d'affaires sert tout d'abord pour faire créer les bases de la théorie de la responsabilité notariale par la jurisprudence.

Dans un autre ordre d'idées, le rôle de la gestion d'affaires apparaît nettement sous un jour nouveau.

C'est en ce qui concerne la question des assurances dites collectives, assurances contractées vers le dernier quart du XIX^e siècle par les chefs d'entreprise au profit de leurs

(1) Picard M., article cité, *Revue trimestrielle de droit civil* de 1921, p. 423.

ouvriers, afin de leur garantir le paiement d'une indemnité en cas d'accident. Ces indemnités étaient versées par la compagnie aux entrepreneurs exactement comme les entrepreneurs versaient les primes à la compagnie. Ce sont les entrepreneurs qui étaient, selon l'expression de M. Labbé, reprise par M. Picard dans son article, les assurés ; ils étaient les débiteurs des primes et les créanciers de l'indemnité.

Or, comme l'a très justement remarqué M. Picard, ce n'était point là un principe correspondant à l'équité ou à l'utilité sociale ; car il pouvait fort bien arriver que le créancier de l'indemnité, respectivement le patron ou l'entrepreneur, soit en état de faillite et que la somme due par la compagnie d'assurance tombe dans le patrimoine de l'entrepreneur et devienne par là même le gage de ses autres créanciers. Et de telle sorte l'ouvrier, parce qu'il n'avait pas l'action directe contre la Compagnie d'assurance, était exposé de ne toucher qu'une partie seulement de l'indemnité.

Dès lors, M. Picard nous montre très nettement comment la gestion d'affaires a joué son rôle.

Ce rôle, il le définit ainsi :

« La gestion d'affaires a permis à la jurisprudence de mettre à jour le principe d'un droit direct de l'ouvrier sur l'indemnité d'assurance destinée à réparer les conséquences d'un accident dont il a été victime (1). »

Quittant ce domaine et poursuivant l'analyse objective de la gestion d'affaires — instrument juridique indispensable — M. Picard estime que son efficacité paraît certaine

(1) Picard M., article cité, *Revue trimestrielle de droit civil* de 1921, p. 438.

dans toutes les circonstances où le rapport de droit principal est incomplètement organisé, comme en matière d'indivision.

Et enfin, là où elle joue réellement un rôle décisif, c'est dans les cas où elle constitue un moyen de recours, dans les cas où une personne tire un certain avantage grâce à l'activité d'une autre personne. C'est pourquoi M. Picard estime qu'on ne peut déterminer juridiquement la notion de gestion d'affaires que par rapport à celle d'enrichissement illégitime.

En effet la jurisprudence, dans les différentes hypothèses où elle s'est prononcée, a tellement varié, elle a tout le temps tellement appliqué l'idée de l'enrichissement sans cause sous l'égide de la gestion d'affaires, qu'on peut se demander avec M. Picard si elle n'a pas fait une confusion entre les deux actions de la gestion d'affaires et de l'enrichissement sans cause — l'*actio negotiorum gestorum contraria* et l'*actio de in rem verso*, — si, pour employer les termes suggestifs de M. Picard, « la gestion d'affaires n'a été, comme certains le voudraient, qu'un vêtement impropre et passager sous lequel s'est abritée la théorie de l'enrichissement injuste avant de recevoir une consécration officielle ou si, au contraire, les deux actions ne reposent pas sur un fondement identique, bien que conservant chacune sa sphère d'application » (1).

Voilà donc le grand rôle que la jurisprudence a assigné à la gestion d'affaires. De sorte qu'on pourrait réellement se demander quelle autre base juridique on doit attribuer à toutes ces institutions en absence de la gestion d'affaires.

(1) Picard M., article cité, *Revue trimestrielle de droit civil* de 1921, p. 449.

Mais, ce qui est de toute importance pour notre façon de voir les choses, c'est le fait que la gestion d'affaires constitue, comme nous l'avons indiqué, un moyen de recours dans les cas où une personne tire un profit de l'activité d'autrui.

Nous touchons ici à une question très subtile, aux confusions qu'on fait sans cesse entre la gestion d'affaires et l'enrichissement sans cause, aux différentes obligations que ces institutions font naître, à leur fondement juridique, enfin à la réglementation pratique des deux actions — *negotiorum gestorum* et *de in rem verso* — qui sanctionnent ces institutions.

Nous connaissons, par le fait de l'avoir rappelée, l'œuvre accomplie par le projet franco-italien sur les obligations relativement à la gestion d'affaires et à l'enrichissement sans cause.

Pour la première le projet franco-italien s'est borné à la maintenir dans son ensemble et à lui changer les termes employés par les Codes civils français et italien, en leur substituant d'autres termes qui, sans être à l'abri des critiques, représentent tout de même un progrès.

De même, soit d'après le rapport qui précède le projet, soit d'après la formule employée par l'article 65 du projet, on a fait mieux ressortir l'importance et la nécessité de *l'animus negotia aliena gerendi*.

Pour la seconde institution dont nous parlons, le projet franco-italien s'est contenté de consacrer dans son article 73 le principe aujourd'hui unanimement acquis soit par la pratique jurisprudentielle, soit par son insertion dans les Codes les plus récents, principe suivant lequel nul n'a le droit de s'enrichir injustement au détriment d'autrui.

Comme nous l'avons dit, c'est là un progrès, mais la

grande lacune du projet franco-italien c'est de s'être arrêté ici ; ainsi ce projet n'a pas indiqué les différentes conditions dont la réunion est nécessaire pour la mise en œuvre de l'*actio de in rem verso*.

Il est vrai que là-dessus le projet ne pouvait point apporter des règles nouvelles ; mais il ne reste pas moins vrai que dans son ensemble le projet n'a apporté que quelques retouches, quelques petites modifications, concernant plutôt la forme que le fond même des problèmes envisagés par les rédacteurs du Code civil français.

Cependant il aurait fait œuvre utile et preuve de recherches nouvelles s'il spécifiait clairement, dans un article qui fasse suite à l'article 73, les conditions exigées pour le fonctionnement de l'action qui sanctionne l'enrichissement sans cause.

Certes, ces conditions sont généralement connues, et la doctrine comme la jurisprudence sont unanimes pour les requérir.

C'est ainsi que tout le monde admet qu'il faut, pour qu'il y ait enrichissement sans cause, la réunion de trois conditions : un enrichissement du défendeur à l'*actio de in rem verso*, un appauvrissement du demandeur à l'action et une relation de cause à effet entre l'appauvrissement et l'enrichissement.

MM. Aubry et Rau ajoutent encore une condition : c'est que la personne lésée ne puisse obtenir satisfaction par l'exercice d'aucune autre action naissant d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit (1).

(1) Aubry et Rau, op. cit., t. VI, p. 246; 4^e éd.

MM. Colin et Capitant ont d'abord rejeté cette condition qu'ils ont trouvée comme non fondée (1).

Cependant, à l'heure actuelle, ils reconnaissent le caractère subsidiaire de l'*actio de in rem verso* ; ils ajoutent tout de même qu'on ne peut pas invoquer des raisons bien sérieuses à l'appui de cette solution jurisprudentielle (2).

On peut enfin mentionner encore une condition qui, par ailleurs, a donné lieu à beaucoup de discussion.

Il faut, pour qu'il y ait lieu à l'action *de in rem verso* que l'enrichissement du défendeur à l'action soit sans juste cause.

MM. Planiol et Ripert disent qu'il faut que l'enrichissement et l'appauvrissement soient l'un et l'autre dépourvus de cause et, quoique la notion de cause y réponde à une même idée, l'appauvrissement et l'enrichissement doivent être séparément étudiés à ce point de vue (3).

M. Demogue estime, lui aussi, que l'enrichissement doit être sans cause. Seulement, le mot cause n'est pas pris ici avec son sens traditionnel de cause efficiente ou avec celui que les auteurs de renommée lui prêtent en matière de contrats (4).

Ici le mot cause signifie l'acte juridique capable de justifier l'acquisition d'une valeur ; si on dit par conséquent que l'enrichissement doit être sans cause, cela signifie que cet enrichissement ne doit pas tirer sa source dans un acte juridique susceptible de le rendre légitime.

(1) Colin et Capitant, *op. cit.*, t. II, p. 418, 4^e éd. : « Le fait qu'une personne dispose de plusieurs actions pour faire valoir son droit et qu'elle peut exercer indifféremment l'une ou l'autre à son choix, n'est pas rare en droit civil et n'offre rien d'anormal. »

(2) Colin et Capitant, *op. cit.*, t. II, p. 229, 7^e éd.

(3) Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. VII, p. 53.

(4) Demogue R., *Traité général des obligations*, t. III, p. 259.

Nous n'insistons plus et nous nous contentons de renvoyer aux ouvrages les plus importants, pour savoir exactement ce qu'il faut entendre par les mots enrichissement et appauvrissement et pour pouvoir ainsi déterminer la sphère juridique de ces notions (1).

Toutes ces conditions dont nous venons de parler sont généralement connues ; cependant, comme elles n'ont pas été réglementées par les rédacteurs du Code Napoléon, qui — par ailleurs — n'ont proclamé non plus le principe d'équité établi par le projet franco-italien dans son article 73, nous croyons qu'il aurait été utile qu'elles fussent insérées dans les textes du dit projet.

Encore une fois, en ce faisant, le projet n'aurait point apporté des changements aux principes existants, ces changements n'étant d'ailleurs pas exigés ; mais il aurait consacré par une formule légale leur nécessité péremptoire.

Enfin, le grand tort du projet est de n'avoir pas développé la façon dont on devrait régler le fonctionnement de l'*in rem versum*.

Comme, d'une part, nous ne partageons pas l'opinion des rédacteurs du projet franco-italien en ce qui concerne la nécessité de l'élément intentionnel en matière de gestion d'affaires ; comme, d'autre part, il nous semble que le projet aurait dû parler *in extenso* de l'action *de in rem verso* et — se conformant aux changements substantiels qui se sont produits depuis quelques années — lui donner une réglementation toute différente de celle communément admise par la doctrine ou la jurisprudence ; comme nous croyons surtout qu'aujourd'hui il n'y a plus de raison

(1) Demogue R., *Traité général des obligations*, t. III, p. 224-242 ; Colin et Capitant, t. II, p. 418 et 419, 4^e éd. ; Josserand, t. II, p. 277-278, Paris, 1930 ; Planiol et Ripert, t. VII, p. 48-51.

de garder deux institutions qui répondent à une même nécessité et qui — par leur fondement juridique, par les obligations qu'elles font naître et par le but auquel elles répondent — devraient fusionner en une seule et très puissante institution juridique autant que sociale ; comme il nous semble que le projet franco-italien sur les obligations aurait fait œuvre vraiment utile et constructive en établissant les lignes directrices de cette réunion entre les deux institutions ; comme — enfin — nous ne considérons pas possible l'introduction du projet franco-italien en Roumanie tel qu'il se présente actuellement, mais uniquement après l'avoir soumis à quelques critiques, nous allons montrer, dans une seconde partie de notre travail, notre façon de concevoir ce problème et aussi la manière dont le projet franco-italien sur les obligations devrait être complété pour être vraiment, selon nous, une œuvre de progrès juridique et pour refléter l'évolution sociale d'aujourd'hui.

SECTION II

LE PAIEMENT DE L'INDU.

Le paiement de l'indû et l'action en répétition qu'il engendre n'est qu'une face, une variante de l'enrichissement sans cause *lato sensu* et de l'*actio de in rem verso*.

Aussi le cas où une personne a reçu ce qui ne lui était pas dû est-il de ceux où la restitution de ce paiement, de cet enrichissement injustifié paraît s'être imposée de bonne heure ; ceci est exact qu'on se place en droit romain ou en droit français.

En effet, depuis très longtemps la loi impose d'un côté l'obligation de restituer la chose ou la somme payée, et, d'un autre côté, elle confère le droit de la répéter.

L'idée fondamentale — et on voit bien par là qu'il s'agit d'un cas particulier d'enrichissement sans cause — des législateurs et des jurisconsultes qui ont traité ce point, repose sur le même principe de base, ce principe d'équité qui constitue le fondement de l'*in rem versum* et qu'on traduit par la formule : nul n'a le droit de s'enrichir injustement aux dépens d'autrui (1).

La théorie du paiement indû n'est par conséquent qu'une adaptation à une situation particulière de la théorie plus vaste de l'enrichissement sans cause et l'action en répétition n'est qu'une variété d'action *de in rem verso* ; l'acci-

(1) Huet Labrousse Gustave, *Du paiement indû en droit romain et en droit français*. Thèse, Caen, 1872, introduction.

piens s'est enrichi injustement, sans cause, aux dépens du *solvens* à qui il doit compte de son enrichissement (1).

Elle est, dit M. Demogue, le meilleur et même le seul réglementé des cas d'enrichissement sans cause.

« Une hypothèse spéciale d'enrichissement sans cause, théorie très générale, un peu raide dans ses conséquences, mais concept admissible. » (2)

S'il y a une règle générale suivant laquelle le paiement est le mode ordinaire d'extinction des obligations, le paiement de l'indû et le droit de répétition qui s'en suit apparaissent comme une exception à cette règle, de sorte que ce paiement est considéré plutôt comme une source d'obligations, la source de l'obligation qui pèse sur l'*accipiens* de restituer ce qu'il a reçu indûment (3).

C'est, bien entendu, une source extra-contractuelle. Nous allons l'étudier très brièvement parce que, encore une fois, la théorie du paiement de l'indû n'est qu'un cas particulier, une espèce spéciale de l'enrichissement sans cause, théorie sur laquelle nous porterons surtout notre attention par un développement plus ample et plus complet.

Suivant notre système, nous étudierons le paiement de l'indû dans le droit romain, dans la doctrine moderne et dans le projet franco-italien sur les obligations et les contrats.

En effet, nous aurions pu borner l'étude de cette question uniquement au droit romain ; cela parce que la théorie de la répétition de l'indû, le principe qui l'a proclamée et son

(1) Jossierand L., *op. cit.*, t. II, p. 453, Paris, 1933, 2^e éd.

(2) Demogue R., *Traité général des obligations*, t. III, p. 140.

(3) Lambert Jules, *De la conditio indebiti, du paiement de l'indû*. Thèse, Dijon, 1877, introduction.

fondement juridique n'ont subi que de très faibles changements depuis leur consécration légale à Rome et jusqu'à nos jours ; ensuite parce que le projet franco-italien sur les obligations s'est contenté de consacrer les données du problème telles qu'elles sont comprises par les rédacteurs du Code civil de 1804 et a cherché uniquement à trouver une formule meilleure, plus à même de répondre à l'esprit qui anime l'institution envisagée. — C'est ce que nous verrons par la suite.

Le paiement fait sans cause produit une action appelée à Rome *condictio indebiti*.

L'action *condictio indebiti* était en droit romain une action par laquelle on répétait ce qu'on avait, par erreur, indûment payé.

Cette action a pour source l'équité, qui ne permet pas que l'on s'enrichisse sans cause aux dépens d'autrui.

Elle est, par conséquent, le moyen employé par le législateur pour rétablir l'équité violée par un paiement ou par tout acte accompli indûment.

En effet, le législateur romain donne à celui qui se plaint d'un dommage éprouvé une action essentiellement personnelle, une *condictio*. Il vient donc au secours de celui qui, fatalement trompé, s'est appauvri, en lui offrant l'avantage d'une sorte de restitution en entier.

Par sa nature, la *condictio indebiti* est une action personnelle et de droit strict destinée à réclamer ce qu'on a payé par erreur et que l'on ne devait pas (1).

Quelle est l'origine de cette *condictio* ; quelles sont les conditions nécessaires pour qu'elle puisse être utilement

(1) Lambert Jules, *op. cit.*, p. 23.

exercée ; quel est, en un mot, son fondement et aussi son résultat pratique ?

Tels sont les problèmes que la question du paiement indû soulève dès le premier abord.

Il est certain que, si l'on remonte dans le vieux droit romain, on ne trouve pas de trace de cette action.

L'erreur, dans les rapports juridiques, n'a été qu'assez tard prise en considération par les juriconsultes romains. La pensée exprimée, formulée par des paroles ou symbolisée par des actes, tel était le fondement des rapports de droit chez les Romains.

D'ailleurs, à ce moment, les transactions étaient peu nombreuses, le territoire régi peu étendu, les citoyens prudents, attentifs, économes et même un peu durs, de sorte que la nécessité de l'action en réparation d'un paiement erroné ne se faisait pas sentir (1).

La nécessité de la *condictio indebiti* se fait sentir beaucoup plus tard. Avec les conquêtes, le commerce s'étendit et la culture de la terre n'est plus l'unique source de la richesse.

Les relations civiles se multiplient, les affaires se développent sur une échelle plus étendue et forcément l'erreur devient plus commune. Pour savoir au juste l'origine de la *condictio*, il faut remonter à la procédure des *Legis Actiones*.

Cette action fut introduite vers l'an 510 de Rome par la loi Silia. Elle fut donnée tout d'abord pour les obligations de *dare*, c'est-à-dire de transférer en propriété une somme d'argent déterminée : *obligatio certæ pecuniæ*.

En effet, quand l'obligation est de donner, *dare*, le paiement consiste dans une translation de propriété.

(1) Paul-Joseph Belland. Thèse, Dijon, 1865, *De l'actio condictio indebiti*, p. 4 et suiv.

Comme il s'agissait d'une translation de propriété opérée par erreur, il fallait utiliser certains moyens fournis par la législation civile pour rétablir les données de l'équité naturelle, violée en l'occurrence.

Les jurisconsultes romains, comparant le cas d'un paiement qui consistait en une chose fongible, à une translation de propriété opérée par un *mutuum*, remarquaient que le *recipiens* doit avoir, dès qu'il connaît l'erreur, l'intention de rendre ce qu'il a reçu indûment.

Vu que la bonne foi se présume et que par conséquent il est présumé honnête, vu par conséquent qu'on doit présumer son intention de rendre l'indû, il y a, disent-ils, une sorte de *mutuum*, — le *promutuum* — et il faut dès lors donner au *solvens* le bénéfice de l'action qui naît du *mutuum* : la *condictio certae creditae pecuniae* si le paiement consiste dans une somme d'argent, et la *condictio triticaria* si le paiement consiste dans toute autre chose fongible.

Le premier pas étant fait, on pouvait facilement continuer sur la bonne voie engagée.

Aussi, comme cette *condictio certae creditae pecuniae* ne trouvait d'application qu'en ce qui concerne les choses fongibles, on pouvait facilement, guidé par ce principe d'équité, suivant lequel les choses fongibles payées par erreur doivent être restituées, admettre la même restitution quand la chose donnée en paiement n'était pas fongible.

Et réellement, dix ans plus tard, une autre loi, la loi Calpurnia, étendit le bénéfice de la loi Silia aux obligations de transférer en propriété toutes choses certaines (1).

(1) Gaius, *Commentaires*, livre IV, § 19,

Petit à petit, on s'éloigna du système des *Legis Actiones* et le domaine de la *condictio* s'étendit aux obligations ayant pour objet des choses indéterminées.

C'est l'action désignée sous le nom de *condictio incerti*. Ainsi, tandis que la *condictio certi* naît de tout acte unilatéral de sa nature ayant pour objet de procurer la translation en propriété d'une chose déterminée, la *condictio incerti* naît des mêmes sources que la *condictio certi* ; elle diffère seulement parce que son objet est incertain, indéterminé.

L'expression de *condictio incerti* dont on s'est servi de plus en plus rarement, n'a été employée que comme qualification générale, car les actions de cette nature ont presque toujours tiré leur nom particulier de l'événement d'où elles dérivent.

D'ailleurs, même pour la *condictio certi*, le nom de *condictio certi* est resté spécialement propre aux actions naissant des contrats *re, verbis et litteris*, et on a appliqué aux autres cas des dénominations particulières appropriées à chacun d'eux ; ce là la *condictio indebiti*, la *condictio furtiva*, la *condictio triticaria*, etc. (1).

Voilà donc comment on est arrivé à la *condictio indebiti*. Pour établir le trait d'union entre le droit romain et le droit français, nous devons dire qu'il y a une différence fondamentale entre la législation romaine et la législation française quant à la base de l'action en répétition de l'indû, quant au processus qu'elle a suivi pour atteindre le stade d'aujourd'hui ; c'est que chez les romains on ne trouvait pas des termes aussi précis que ceux employés par le Code

(1) Poggi Pierre-François, *Du paiement indû en droit romain et en droit français*. Thèse, Toulouse, 1875, p. 13 ; Huet-Labrousse, *op. cit.*, p. 10.

civil français dans son article 1131 : l'obligation sans cause ou sur une fausse cause ou sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet.

Pour les romains il suffisait qu'il y ait une cause ; si elle était fausse, si elle était erronée, peu importe ; elle n'en produit pas moins les effets d'une véritable cause ; de sorte qu'une tradition faite par erreur afin d'éteindre une dette inexistante fait perdre au *tradens* la propriété de la chose indûment payée et lui enlève en conséquence le droit de la revendiquer.

Cependant on sentit vite à Rome, où l'instinct du bon sens était très développé, qu'il serait tout à fait inique de maintenir un tel état de choses et de laisser subsister des effets à une semblable cause. C'est ainsi qu'on a créé au profit de la partie qui a payé une action pour recouvrer la propriété iniquement perdue, une action fondée sur l'erreur : la *condictio indebiti*.

En droit français, par contre, le Code de 1804 a établi dans une formule précise une action en revendication de la chose — une action fondée sur l'absence de cause efficace — au profit de celui qui a livré par erreur une chose en paiement d'une dette inexistante.

Quelles sont à Rome les conditions auxquelles est subordonnée l'action en répétition de l'indû ?

Selon Girard (1) il faut trois conditions pour l'existence de la *condictio indebiti*, conditions qui — par ailleurs — résultent de sa définition :

Il faut qu'il y ait un paiement, indû et erreur.

De plus, en vertu des règles de droit positif, elle n'est admise que quand le paiement n'a pas été fait en vue de

(1) Girard, *op. cit.*, p. 599, Paris, 1896.

certaines dettes, notamment de celles où le débiteur qui nie est condamné au double.

Par conséquent, la *condictio indebiti* requiert comme première condition qu'il y ait eu paiement, prestation. C'est ce paiement qui est la cause de l'obligation ; il faut en outre une absence de dette, autrement dit il faut que le paiement soit fait sans cause ou sur fausse cause, qu'il soit indû, *indebitum* ; c'est l'origine de l'action.

La *condictio indebiti* a donc pour éléments essentiels le paiement et l'*indebitum* (1).

Petit résume les conditions de l'*actio indebiti* par cette formule : *indebitum per errorem solutum* ; c'est-à-dire qu'il faut qu'on ait payé l'indû et qu'on l'ait payé par erreur (2).

Il faut par conséquent que le *tradens* ait véritablement payé l'indû ; il est réellement indû quand l'obligation que le paiement était destiné à éteindre n'existait pas entre le *solvens* et l'*accipiens*.

En effet, il se peut que le *solvens* ne soit pas débiteur parce que la dette n'existait pas du tout ou grevait une tierce personne ; et il se peut aussi que le *solvens* soit réellement débiteur mais pas de la chose payée ou qu'il soit débiteur d'un créancier autre que l'*accipiens* (3).

La *condictio indebiti* embrasse toutes ces différentes hypothèses.

Dès lors, celui qui a promis sous condition et qui paie lorsque la condition est en suspens — *pendante*

(1) Huet-Labrousse, *op. cit.*, p. 11 ; Deuil Louis, *Du paiement indû en droit romain et en droit français*. Thèse, Caen, 1881, p. 10 ; Lambert Jules, *op. cit.* ; il fait exactement le même tableau des conditions que Girard ; — p. 24 ; Poggi Pierre-François, *op. cit.*, p. 17-19.

(2) Petit, *Traité élémentaire de droit romain*, 7^e éd. revue et augmentée, Paris, 1913, p. 459.

(3) Accarias, *Précis de droit romain*, 4^e éd. corrigée et augmentée, t. II, p. 435, Paris, 1891.

conditio — paie l'indû. Il peut donc exercer la *condictio indebiti* s'il a payé par erreur. Et il pourra, à plus forte raison, répéter ce qu'il a payé, lorsqu'il est certain que la condition ne s'accomplira plus.

Lorsqu'il s'agit d'une simple exception temporaire, on lui refuse le bénéfice de la condition. En somme, dans ce cas-là, il s'agit d'un débiteur qui a promis à terme. Payant avant l'échéance, il n'en a pas moins payé ce qu'il devait ; c'est pourquoi ce paiement ne peut jamais être répété.

Si un débiteur a payé plus qu'il ne devait, il peut exercer la répétition pour tout ce qui excède le montant réel de l'obligation.

Enfin, si un débiteur est tenu d'une obligation naturelle, il ne peut pas être forcé de payer ; mais du moment qu'il a payé, même par erreur, il ne peut plus bénéficier de la *condictio indebiti*.

La seconde condition de la *condictio indebiti* exige, nous l'avons dit, que le paiement de l'indû soit déterminé par une erreur. Sinon, quand on paie sciemment ce qu'on ne doit pas, on est censé de faire une libéralité à l'*accipiens*, et on ne peut pas reprendre ce qu'on a donné.

Accarias soutient que l'opération s'analyse selon les cas en une gestion d'affaires, lorsque la dette existe à la charge d'un tiers que je ne veux pas gratifier ; en une *datio in solutum*, lorsque pour éteindre la dette je donne sciemment et avec l'agrément du créancier une chose qui n'est pas la chose due ; ou enfin en une donation dans tous les autres cas (1).

Une question qui a donné lieu à beaucoup de discussions

(1) Accarias, *op. cit.*, p. 437.

était celle de savoir si, pour pouvoir invoquer la *condictio indebiti*, il fallait tenir compte de l'erreur de droit et de l'erreur de fait.

Au point de vue rationnel, si l'erreur n'est pas trop grossière et inexcusable, une distinction n'aurait aucune raison d'être. Cependant il semble que la répétition pouvait être exercée uniquement lorsqu'il s'agissait de l'erreur de fait. En ce qui concerne l'erreur de droit, les jurisconsultes romains ne sont pas tombés d'accord et, sauf une exception en faveur des mineurs de 25 ans et des femmes mariées, il semble que l'erreur de droit ne peut pas autoriser une *condictio indebiti*.

Enfin, sous la seule réserve que le paiement n'ait pas été fait en vertu d'un de ces cas exceptionnels qui entraînent condamnation au double toutes les fois que le défendeur qui succombe a nié la dette, par conséquent sous la seule réserve que la dette que le *solvens* a payée par erreur ne soit pas de celles qui entraînent condamnation au double contre le débiteur en cas de dénégation, la *condictio indebiti* est généralement admise.

L'exercice de la *condictio indebiti* est donné d'habitude au *tradens* contre l'*accipiens*.

Au cas où l'indû a été payé ou reçu par un mandataire, une distinction s'impose : si le contrat de mandat lui donnait le pouvoir d'agir de la façon dont il l'a fait, le mandant lui-même est investi ou tenu de la *condictio indebiti* ; sinon, le mandataire exerce ou subit lui-même la *condictio* pareillement à un *negotiorum gestor*, à moins d'une ratification du mandant, une ratification complète portant donc sur la totalité des actes du mandataire.

Pour terminer avec ce bref aperçu du paiement de l'indû chez les Romains, nous devons ajouter que le triomphe

de l'action en répétition est lié à la bonne ou mauvaise foi du défendeur à l'action.

Si le défendeur est de mauvaise foi, il doit rendre la chose qui lui a été livrée ou sa valeur quand il l'a consommée, aliénée ou quand elle a péri. Il doit même restituer tous les accessoires et les fruits, même ceux qu'il a négligé de percevoir. Seulement, lorsqu'il s'agit d'une somme d'argent, il n'en doit pas les intérêts parce que le juge de la *condictio certæ creditæ pecuniæ* ne peut comprendre dans la condamnation aucun élément en dehors de la somme réclamée.

Donc s'il est de mauvaise foi, la condamnation embrasse la valeur intégrale du capital reçu et des accessoires.

Si le défendeur est de bonne foi, il ne doit compte que de son enrichissement. La condamnation se limite à cet enrichissement s'il prouve qu'il n'a pas profité de tout ce qu'il a reçu.

Accarias explique cette indulgence de la loi à l'égard du défendeur de bonne foi dans la considération que le *tradens* et l'*accipiens*, ayant été dans l'erreur tous les deux, il fallait préférer celui des deux qui est le plus excusable. Or, c'est certainement l'*accipiens*, car sa qualité de créancier lui a été affirmée par celui-là même qui devait la lui contester (1).

Nous devons approcher de ces considérations dues à Accarias la remarque très logique de M. Demogue : « S'il y a bonne foi de l'*accipiens*, dit-il, on peut dire que la faute du *solvens* à aller faire le paiement est plus grave que celle de l'autre partie. D'ordinaire, on réfléchit plus pour payer que pour recevoir. C'est humain. De là la sévé-

(1) Accarias, *op. cit.*, p. 441.

rité que nous constaterons pour celui qui fait certains paiements de son initiative, à des créanciers hypothécaires supérieurs en rang, ou à des créanciers simplement inscrits (1). »

Enfin si le défendeur à l'action a commencé par être de bonne foi et la mauvaise foi est survenue plus tard, on doit appliquer distributivement les deux solutions dont nous avons parlé.

Qu'il s'agisse de sommes d'argent, de choses déterminées, d'un fait accompli pour lequel le *solvens* réclame une indemnité, et de façon générale d'une prestation faite à titre de paiement et à laquelle il manque de correspondre à une dette réelle, l'obligation qui résulte de ce paiement indû est sanctionnée à Rome par la *condictio indebiti* qui sera, — suivant les circonstances, — une *condictio certæ creditæ pecuniæ*, une *condictio trititaria* ou une *condictio incerti*.

La théorie du paiement de l'indû est passée presque sans changement du droit romain dans le droit moderne.

Cette théorie se rattache, selon M. Demogue, à la théorie de la cause, c'est-à-dire de l'utilité sociale des actes juridiques. Elle précise la réaction qui doit avoir lieu lorsqu'un acte sans cause se produit. Elle est, suivant la remarque de M. Demogue, positive par opposition à la théorie de la cause qui, elle, est simplement négative.

Nous considérons cette opinion de M. Demogue supérieure à celle qui s'est fait jour depuis le droit romain, et qui a gagné la pensée doctrinale française, jusqu'à aujourd'hui.

En effet, conformément à cette pensée, c'est la théorie de

(1) Demogue, *Traité général des obligations*, t. III, p. 140.

la cause qui sert de fondement à l'action en répétition.

Cette action, disent MM. Colin et Capitant, est une application de la théorie de la cause (1).

Or, pour nous, le fondement de cette action est l'équité qui veut réparer la lésion dont l'utilité sociale est l'objet.

Et la cause n'intervient qu'indirectement, par le fait que l'utilité sociale est lésée par un acte dépourvu de toute cause ; quel est cet acte ? C'est le fait de garder ce qui ne vous appartient pas.

En effet, le paiement de l'indû est un fait qui consiste dans l'accomplissement à titre de paiement d'une prestation par une personne qui n'y était pas obligée (2).

Ce fait procure un enrichissement sans cause aux dépens d'autrui ; le défendeur à l'action ne peut pas conserver un tel enrichissement. Voilà dès lors comment apparaît le fondement du droit attribué à celui qui a fait la prestation, droit de redemander le montant de cette prestation effectuée.

Le Code civil consacre au paiement de l'indû les articles 1376 à 1381.

Selon l'article 1376, « celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû, s'oblige à le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu »

Et l'article 1377 ajoute : « Lorsqu'une personne qui, par erreur, se croyait débitrice a acquitté une dette, elle a le droit de répétition contre le créancier.

Néanmoins ce droit cesse dans le cas où le créancier a supprimé son titre par suite du paiement, sauf le recours de celui qui a payé contre le véritable débiteur ».

(1) Colin et Capitant, t. II, p. 409, 5^e éd.

(2) Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. V, p. 647, 2^e éd.

A lire les articles du Code qui portent sur le paiement de l'indû, on voit en effet, que pour qu'il y ait lieu à la répétition de l'indû, il faut la coexistence des mêmes éléments qu'on exigeait à Rome.

Pothier reconnaît qu'il faut trois conditions : que ce qui est payé ne soit pas dû ; que le paiement ait été fait par erreur et qu'il n'y ait eu aucun sujet réel de payer (1).

Larombière trouve que cette condition est sous-entendue dans la première ; pour lui il suffit d'une seule condition très large pour qu'il y ait une répétition de l'indû ; il suffit que la chose ait été payée sans cause, c'est-à-dire payée dans des circonstances telles que l'obligation de payer contractée dans des circonstances semblables serait nulle à défaut de cause (2).

Il faut généralement qu'il y ait un paiement, qu'il soit indû, et qu'il soit fait par erreur : l'erreur du *solvens* (3).

Laurent demande les mêmes conditions en employant d'autres termes, de sorte qu'il condense les deux premières conditions en une seule : il faut, dit-il, d'abord qu'une chose ait été payée sans être due ; il faut ensuite que celui qui a payé ce qu'il ne devait point, l'ait fait par erreur (4) ;

Pour Aubry et Rau, il faut que le paiement ait été fait par erreur en premier lieu, et en second lieu, il faut que le paiement ait été fait indûment, sans une cause juridi-

(1) Pothier, *Prét de consommation*, n° 142.

(2) Larombière, *op. cit.*, *Obligations*, t. VII, p. 460, Paris, 1885.

(3) Demogue, *Traité général des obligations*, t. III, p. 141 et suiv. ; Demolombe, *op. cit.*, t. XXXI, p. 298 et suiv. ; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, p. 648, 2^e éd. ; Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. VII, p. 26 ; Josserand L., *op. cit.*, t. II, p. 405.

(4) Laurent, *op. cit.*, t. XX, p. 369.

quement suffisante pour le motiver de la part de celui qui l'a effectué (1).

La première condition est donc qu'il y ait un paiement. Il faut qu'il y ait remise d'une chose quelconque ou d'une somme d'argent (2).

Le paiement suppose donc un élément matériel : la remise de la chose. L'intention de la partie qui effectue le paiement ne saurait nullement être prise en considération (3).

On y assimile « la compensation constatée par erreur, l'inscription par erreur faite, dans un compte courant, d'une somme non reçue, l'omission de l'inscription au débit d'un compte d'une certaine somme due, et cela soit que le compte soit encore en cours, soit — qu'arrivé à la clôture — il ait été renouvelé ou non. Toute opération de paiement abrégé vaut paiement » (4).

La seconde condition pour qu'il y ait lieu à l'exercice de l'action en répétition de l'indû est, nous l'avons dit, que le paiement soit indû, c'est-à-dire qu'il y ait une absence totale de dette.

Les cas où le paiement est considéré comme indû sont à peu près exactement ceux rencontrés en droit romain.

En effet, si on analyse les trois articles du Code civil qui portent sur cette matière : les articles 1376, 1377 et 1235, on voit très bien que le paiement est indû lorsqu'il n'y a pas de dette correspondant à la prestation effectuée ; ou bien, la dette existant, celui qui a reçu n'était pas le véritable créancier ; et enfin l'hypothèse où la dette existe

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, p. 305-306, 5^e éd., 1920.

(2) Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. VII, p. 23.

(3) Demogue, *Traité général des obligations*, t. III, p. 142.

(4) Demogue, *Traité général des obligations*, t. III, p. 142.

et celui qui la reçoit est véritablement le créancier, seulement celui qui a payé n'était pas le vrai débiteur.

On peut ajouter à ces différentes hypothèses encore un certain nombre que les rédacteurs du Code civil n'ont pas prévues mais que la doctrine a révélées.

C'est ainsi que M. Demogue ajoute encore à ces cas celui d'une personne payant autre chose que ce qu'elle devait ou payant une chose qu'elle croyait devoir déterminer alors qu'elle ne la devait qu'alternativement, alternative par ailleurs dépendant de son choix (1).

A côté de ces cas, on peut parler de toutes les hypothèses que nous avons envisagées en droit romain ; de sorte que si une dette existait, mais qu'elle était soumise à une condition suspensive, tant que la condition n'arrivera pas, cette dette sera considérée comme inexistante et la répétition pourra s'exercer (2).

La réalisation de la condition après le paiement empêcherait la répétition ; il y aura uniquement un simple règlement en ce qui concerne les fruits et intérêts durant la période s'écoulant entre le paiement effectué et l'arrivée de la condition.

Au contraire, il n'y a pas répétition si une dette à terme est payée avant l'échéance du terme ; l'article 1186 du Code civil est formel ; il exclut ici la répétition (3).

Généralement, pour bien préciser les cas où il y a un *indebitum*, on doit dire avec M. Demogue qu'il ne doit y avoir entre l'*accipiens* et le *solvens* aucune dette correspondant à ce qui a été payé : ni dette civile, ni dette

(1) Demogue, *Traité général des obligations*, t. III, p. 143.

(2) Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VI, p. 311 ; Demogue, *op. cit.*, t. III, p. 143 ; Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. VII, p. 24.

(3) Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VI, p. 311 ; Demogue, *op. cit.*, t. III, p. 143 ; Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. VII, p. 24.

naturelle, ni engagement principal, ni engagement solidaire, ni même engagement subsidiaire ou annulable (1).

Enfin, la troisième condition pour qu'il y ait lieu à répéter l'indû, est que le paiement ait été fait par erreur.

Remarquons tout d'abord que, par opposition à ce qu'on admettait d'habitude en droit romain, le Code civil de 1804 ne fait aucune distinction entre l'erreur de droit et l'erreur de fait ; on peut même dire que la nécessité d'une telle distinction ne se présentait point pour les rédacteurs du Code Napoléon.

C'est de cette façon qu'on doit interpréter la pensée de ces rédacteurs, car il y a bien des matières où ils ont cru devoir établir des différences (2).

Il y a de très nombreuses controverses qui se sont fait jour quant à la valeur de cette condition de l'action en répétition, quant à l'étendue et à l'importance qu'il faut lui prêter, en un mot quant à la sphère d'application de cette notion d'erreur.

Aussi les divergences entre les auteurs en sont assez accentuées.

Pour Toullier, cette condition est indispensable ; ce n'est, dit-il, que par elle et aussi par le fait que la chose payée n'était pas due qu'on peut établir que le paiement a été fait sans cause (3).

Il y a en somme une corrélation parfaite entre ces deux

(1) Demogue, *Traité général des obligations*, t. III, p. 144.

(2) Voir l'article 2052 du Code civil selon lequel les transactions ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit ; cela prouve indirectement qu'une erreur de fait est susceptible de les rendre nulles. Voir aussi l'article 1356 du Code civil qui dit que l'aveu judiciaire ne peut être révoqué à moins qu'on ne prouve qu'il a été la suite d'une erreur de fait ; et il spécifie clairement : « Il ne pourrait être révoqué sous prétexte d'une erreur de droit. »

(3) Toullier, *op. cit.*, t. XI, p. 75, 5^e éd.

conditions pour l'exercice de la répétition et le Code civil n'a fait que consacrer cette corrélation et la traduire en verbe légal dans deux articles, dont l'un énonce l'engagement qui pèse sur l'*accipiens* qui a reçu ce qu'on ne lui devait pas, et l'autre le droit dont bénéficie celui qui a payé par erreur — se croyant débiteur — de répéter la somme ainsi payée.

Pour Larombière tout se ramène à la notion de cause. L'erreur existe toujours, de plein droit, même si elle n'est pas saillante. En effet, un paiement indû est bien un paiement fait sans cause ; c'est parce qu'il n'a point une juste cause qu'il est indû et qu'on ne doit pas le répéter.

Or, dans l'absence de cause, il entre constamment un élément d'erreur (1).

Mourlon et Demangeat analysent les textes du Code civil en cette manière et arrivent à cette conclusion selon laquelle ils ne peuvent admettre la solution de l'article 1376 que par exception.

En effet, comme l'article 1376 ne fait aucune distinction entre le cas où la chose a été payée par une personne qui ne la devait pas à une personne à qui elle n'était pas due et le cas où elle a été payée par le véritable débiteur à une personne autre que le créancier ou son représentant, on peut soutenir — selon lesdits auteurs — que le droit de répétition existe même au profit de celui qui a payé en parfaite connaissance de cause.

« Cette solution est trop absolue » ; on ne peut l'admettre qu'exceptionnellement (2).

Examinant à leur tour les conditions de l'action en

(1) Larombière, *op. cit.*, *Obligations*, t. VII, p. 461.

(2) Mourlon et Demangeat, *Répétitions écrites sur le Code civil*, t. II, p. 942, 12^e éd.

répétition de l'indû, Demante et Colmet de Santerre estiment que la nécessité de l'erreur n'est pas toujours péremptoire.

Disons tout de suite qu'ils se rapprochent par cette opinion de la conception qui tend à gagner du terrain dans la doctrine moderne.

Pour eux, en effet, sur les trois articles du Code civil, les articles 1376, 1377 et 1235, qui semblent donner la même décision et qui cependant statuent sur des hypothèses différentes, il n'y a qu'un seul article qui exige nécessairement par son contenu l'erreur comme condition de l'action en répétition de l'indû : c'est le cas de l'article 1377, premier alinéa, qui vise l'hypothèse d'une dette acquittée au véritable créancier, mais selon laquelle celui qui l'a payée n'est point le véritable débiteur.

Dans ce cas là, disent-ils, l'erreur de celui qui a payé est une condition *sine qua non* de la répétition (1).

De sorte qu'on peut dire que l'erreur seule de celui qui a payé peut justifier en sa faveur une restitution en entier.

Autrement dit, en ce qui concerne les deux autres hypothèses visées par les articles 1376 et 1235 dont nous avons parlé, l'erreur de celui qui a payé n'est pas une condition importante à tel point qu'elle soit la cause déterminante de la répétition.

M. Demogue, après avoir envisagé les trois conditions qu'on est généralement d'accord à requérir pour le triomphe de l'action en répétition, se pose à juste titre — parce que nous avons dit que le paiement de l'indû n'est qu'une variante de l'enrichissement sans cause — la question de

(1) Demante et Colmet de Santerre, t. V, p. 648, 2^e éd.

savoir pourquoi a-t-on imposé l'existence de cette condition supplémentaire qui n'est pas exigée dans la théorie générale de l'enrichissement sans cause.

Pour résoudre la difficulté que cette condition fait surgir, M. Demogue analyse les termes de l'article 1236 du Code civil : « une obligation peut être acquittée par toute personne qui y est intéressée, telle qu'un coobligé ou une caution.

« L'obligation peut même être acquittée par un tiers qui n'y est point intéressé, pourvu que ce tiers agisse au nom et en l'acquit du débiteur, ou que, s'il agit en son nom propre, il ne soit pas subrogé aux droits du créancier. »

Et justement de l'analyse de cet article il résulte qu'il ne faut point attacher trop d'importance à cette condition.

En effet, « l'erreur n'a de raison d'être exigée que dans la mesure nécessaire à l'application de l'article 1236 » (1).

Si quelqu'un, connaissant la dette d'autrui, la paye, ce paiement, conformément à l'article 1236, n'est pas sujet à répétition.

Cette action en répétition sera accordée uniquement si ce paiement a été effectué par erreur.

Par conséquent, très souvent, on peut accorder le bénéfice de la répétition sans exagérer la portée de l'erreur qu'on ne doit pas toujours exiger.

En faveur de sa thèse M. Demogue apporte l'appui de la jurisprudence, qui « admet facilement qu'il y a eu erreur lorsque le *solvens* semble digne d'intérêt ».

MM. Colin et Capitant ne font que se rattacher à la conception de M. Demogue ; car, s'ils commencent à cri-

(1) Demogue, *Traité général des obligations*, t. III, p. 151, note 4.

tiquer d'une part les auteurs pour lesquels l'erreur est une condition essentielle du paiement de l'indû et qui, — à défaut de termes précis, — estiment que cette erreur est sous-entendue dans les hypothèses prévues par les articles 1235 premier alinéa et 1376 ; s'ils critiquent ensuite l'opinion des auteurs qui, comme Demante et Colmet de Santerre, enseignent que l'erreur du *solvens* est une condition indispensable de la répétition uniquement dans l'hypothèse de l'article 1377 et qu'on ne peut pas l'exiger dans les autres cas, MM. Colin et Capitant, considérant ces conceptions comme trop absolues et faisant appel aux distinctions équitables et rationnelles établies par la jurisprudence, arrivent à des solutions en quelque sorte transactionnelles (1).

Nous considérons qu'en ce faisant les dits auteurs embrassent le point de vue de M. Demogue dans son ensemble.

En effet, ils ne se préoccupent pas trop de l'erreur en tant que condition de l'action en répétition et ils estiment qu'il y a deux sortes d'hypothèses qu'il faut soigneusement distinguer.

Il y a des cas où la preuve de l'erreur est indispensable, car le *solvens* ne pourra répéter que s'il avait la possibilité de démontrer qu'il a payé uniquement par erreur, c'est-à-dire involontairement.

C'est, par exemple, le cas des obligations naturelles ; ces obligations que le débiteur n'était point contraint d'exécuter, ne peuvent pas donner lieu à la répétition, une fois le paiement étant volontairement effectué.

A lire l'article 1235 du Code civil, qui dit dans son

(1) Colin et Capitant, *op. cit.*, t. II, p. 411, 5^e éd.

deuxième paragraphe que la répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées, on induit indirectement que si le paiement est fait volontairement, on ne peut pas le répéter.

Autrement ce terme volontairement n'aurait aucun sens dans la formule employée par le Code civil ; car, si une obligation naturelle est acquittée par erreur, on ne peut pas dire qu'elle l'a été volontairement. « Rien n'est plus contraire à la volonté que l'erreur (1). »

C'est encore le cas d'un héritier qui acquitte un legs révoqué par un testament postérieur, etc...

Enfin on doit assimiler à ces différents cas tous ceux où le paiement, sans être fait par erreur, a été tout de même accompli sous l'empire d'une contrainte puissante ; le fait de pouvoir prouver cette contrainte produira des résultats analogues à la preuve de l'erreur.

Mais, estiment MM. Colin et Capitant, à côté de ces hypothèses où généralement on doit affirmer qu'il est nécessaire que le paiement soit involontaire, qu'il y ait, — en un mot, — erreur pour pouvoir agir en répétition, il y a d'autres cas, où prouver l'erreur serait une charge inutile, car, même sans cela, le *solvens* pourra bénéficier de l'action en répétition.

C'est, par exemple, le cas où l'obligation que le paiement devait éteindre est nulle pour cause d'incapacité du *solvens* ; le représentant de l'incapable peut exiger la répétition du paiement, même fait sciemment.

Ce sont ensuite toutes les hypothèses où le *solvens* sera dispensé de faire la preuve d'une certaine erreur, car il suffira de démontrer que l'obligation en vue de laquelle

(1) Duranton, *op. cit.*, t. XIII, p. 692.

il a effectué le paiement avait une cause illicite ou immorale.

Si on examine de plus près les deux catégories d'hypothèses que mettent en lumière MM. Colin et Capitant et suivant lesquelles il ne faut pas exagérer l'importance de l'erreur, parce qu'elle n'est pas toujours nécessaire pour pouvoir répéter le paiement fait indûment, on ne peut que confirmer davantage encore ce que nous avons dit, à savoir que MM. Colin et Capitant partagent à tous les points de vue l'opinion de M. Demogue.

En effet, M. Demogue dit, lui aussi, qu'il y a des cas où il faut une erreur, pour agir en répétition et où il faut tenir compte, à défaut de cette condition, des autres vices du consentement ; c'est ainsi qu'on doit admettre la répétition si une personne a payé sous l'empire du dol ce qu'elle ne devait pas.

« Les effets du paiement de l'indû par dol seront d'ailleurs ceux du paiement par erreur (1). »

Il faut de même assimiler aux cas d'erreur et de dol, celui de violence.

Et puis, à côté de ces hypothèses, ou l'erreur ou tout ce qu'on lui assimile est une condition *sine qua non* du triomphe de l'action du *solvens*, M. Demogue distingue l'hypothèse où l'élément erreur n'aura aucune importance pour le succès de cette action : c'est justement le cas du paiement qui doit être répété comme ayant une cause illicite toutes les fois qu'il était fait en vue de l'exécution d'un contrat dont l'objet est illicite ou immoral.

Voilà donc la solution à laquelle arrivent aujourd'hui en cette matière les jurisconsultes les plus réputés.

(1) Demogue, t. III, p. 191.

Il s'ensuit de tout cela, qu'il n'y a pas de gros changements qui soient intervenus depuis le droit romain jusqu'à nos jours sur la question du paiement de l'indû.

Telles qu'elles résultent de l'article 1376 du Code civil, les conditions de la répétition du paiement fait indûment sont semblables à celles qu'on exigeait à Rome ; et le seul problème sur lequel les divergences se sont montrées surtout grandes, est celui de l'erreur en tant que condition de l'action.

Nous venons de voir quel est le critérium de distinction établi par M. Demogue ; il nous paraît d'autant plus logique, que selon ce critérium, il faut se méfier d'exagérer la portée de cette notion, et il est logique surtout parce que, grâce à son caractère facultatif — quant à la preuve qui incombe au *solvens*, — on évite des solutions qui pourraient être réellement iniques.

Il suffit de penser à certaines hypothèses où l'équité et l'utilité sociales exigent que l'action en répétition de l'indû soit admise et où tout de même on la refusera à défaut d'une erreur certaine dont le *solvens* puisse faire la preuve.

C'est pourquoi, nous adhérons volontiers au système préconisé par M. Demogue et nous aurions voulu trouver la consécration claire et précise de ce système dans le projet franco-italien sur les obligations.

Il ne l'a pas fait ; nous allons voir par la suite quels sont les changements, par ailleurs très peu importants, qu'il a apportés aux Codes en vigueur.

Contentons-nous de dire pour le moment qu'en ce qui concerne les autres points essentiels ayant trait au paiement de l'indû, le Code Napoléon a consacré dans ses articles 1378-1381 presque dans son ensemble le système qui s'est dégagé déjà à Rome et dont nous avons parlé.

C'est ainsi qu'on fait une distinction entre la bonne foi et la mauvaise foi de l'*accipiens*.

Si l'*accipiens* est de bonne foi, il doit restituer en principe la chose qu'il a reçue. Il doit la restituer, selon les termes de l'article 1379 du Code civil français, en nature.

Lorsque la chose a péri ou s'est détériorée en sa possession, il n'encourt aucune responsabilité et doit restituer uniquement ce qui subsiste de la chose, les actions nées et les sommes qu'il aurait touchées à son occasion.

Si l'*accipiens* a reçu la chose de bonne foi et qu'il a cessé de l'être par la suite, il est responsable si la chose a péri par sa faute. Tant qu'il est de bonne foi, il n'est pas tenu de conserver la chose et il ne peut être nullement fautif (1).

L'*accipiens* qui a toujours été de bonne foi, ne répond pas même de la dégradation volontaire de la chose.

Cette conception, défendue par beaucoup d'auteurs, n'est cependant pas admise par M. Demogue.

M. Demogue estime, en effet, que le possesseur d'une chose doit être très circonspect ; de sorte que si « l'*accipiens* de bonne foi détruit volontairement une chose, si par exemple il démolit une construction, il doit répondre de ce fait.

« Il doit être l'équivalent d'une faute, à moins qu'il ne fût acte de bonne administration, l'immeuble étant vieux, une reconstruction présentant un avantage. En pareil cas, l'*accipiens* ne devra que le prix des matériaux venant de la démolition (2). »

Généralement, si l'*accipiens* est de bonne foi, s'il a vendu la chose qu'il a reçue, il doit restituer le prix de la vente ; mais si la chose a péri par cas fortuit, il est complètement

(1) Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. VII, p. 31-32 ; V. *contrà*, Josserand, *op. cit.*, t. II, p. 406.

(2) Demogue, *Traité général des obligations*, t. III, p. 180.

libéré. Il ne doit pas compte des fruits et intérêts qu'il a perçus.

Si l'*accipiens* recevant le paiement, a eu connaissance des vices qui l'entachaient et que, — par conséquent, — il était de mauvaise foi, sa situation sera beaucoup plus difficile.

C'est ainsi que s'il a reçu un corps certain : meuble corporel ou immeuble, et qu'il n'existe plus en nature, il est obligé de restituer sa valeur. Il est tenu de restituer la valeur de la chose au moment où l'action est intentée, s'il l'a aliénée.

Le cas fortuit ne le libère jamais (1).

De même, s'il est de mauvaise foi, il répond même du fait étranger, du cas de force majeure (2).

Si le paiement a pour objet de l'argent ou des choses fongibles, l'*accipiens* doit restituer la même quantité et qualité.

D'ailleurs cette solution est la même, que l'*accipiens* soit de mauvaise ou de bonne foi (3).

Enfin, lorsque l'*accipiens* est de mauvaise foi, il doit les fruits et intérêts de la somme reçue, et cela à partir du jour du paiement (4).

MM. Planiol et Ripert soutiennent que les fruits et intérêts sont dus à partir du jour de la réception, sinon du jour où l'*accipiens* est devenu de mauvaise foi, et en tout cas du jour de la demande pour ce qui concerne les fruits, et

(1) Colin et Capitant, *op. cit.*, t. II, p. 221-222, 7^e éd. ; Demogue, *op. cit.*, t. III, p. 182 ; Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. VII, p. 31.

(2) Josserand, *op. cit.*, t. II, p. 406.

(3) Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VI, p. 315 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, n^o 2845 ; Planiol et Ripert, t. VII, p. 33.

(4) Josserand, t. II, p. 406 ; il pourra bien entendu, dit M. Josserand, exiger que le demandeur lui tienne compte des impenses faites sur la chose dans l'intervalle entre le paiement et la restitution.

du jour de la sommation de payer pour ce qui concerne les intérêts (1).

Nous devons encore ajouter que si l'*accipiens* est un incapable, il n'est tenu que de son enrichissement au jour de la demande et cela même s'il était de mauvaise foi.

En un mot, la question de la bonne ou mauvaise foi de l'*accipiens* est importante au premier chef, parce que c'est elle qui va statuer sur le montant des restitutions qu'il incombe au défendeur à l'action de faire.

L'action en répétition peut être intentée par le *solvens* et par ses créanciers.

Mais, dit M. Demogue, si un tiers paie de ses propres deniers au nom du véritable débiteur, alors ce tiers aura un droit personnel de répéter avec la double condition que son acte soit dépourvu de cause à l'égard de l'*accipiens* comme à l'égard de celui et pour le compte duquel il a payé.

Il faut donc qu'on ne puisse voir aucune cause dans son acte : ni désir de faire une libéralité, ni désir de payer une obligation naturelle et ni celui de rendre service au véritable débiteur (2).

Le véritable créancier de l'*accipiens* ne pourra pas bénéficier de l'action en répétition.

Il y a des auteurs qui soutiennent qu'on pourrait lui accorder le bénéfice de l'*in rem versum, lato sensu* (3).

Enfin on pourra exercer cette action contre celui qui a reçu le paiement, soit qu'il ait été reçu par lui-même ou par ses représentants.

(1) Voir dans le même sens Demogue, *op. cit.*, t. XXXIII, p. 177.

(2) Colin et Capitant, *op. cit.*, t. II, p. 410, 5^e éd.

(3) Lenoan, *Du recours du véritable créancier contre celui qui a reçu indûment un paiement à sa place*, *Revue trimestrielle*, 1923, p. 925 et suiv.

Jetons maintenant, pour avoir une vue d'ensemble complète, un coup d'œil sur le paiement de l'indû et l'action en répétition dans la doctrine roumaine.

M. Cantacuzino commence son étude sur le second cas de quasi-contrat prévu par le Code civil, par une âpre critique de la notion de quasi-contrat.

Il estime, en effet, que le paiement de l'indû — quasi-contrat type — montre non seulement que cette notion est inutile, mais encore qu'elle est fausse.

Son raisonnement ne nous paraît pas acceptable, et cela parce qu'il nous semble que M. Cantacuzino part d'une prémisse erronée.

Il met en lumière cette idée selon laquelle le paiement, dans la large acception du mot, est un mode d'extinction des obligations et qu'il correspond à l'idée d'exécution de toute prestation due en vertu d'un rapport d'obligations.

Dès lors, à M. Cantacuzino de dire que le paiement, loin de constituer un fait unilatéral de la part même de l'*accipiens*, il forme pour les deux parties un rapport conventionnel dans lequel l'accord de volontés consiste à vouloir éteindre, grâce au paiement effectué et à la réception de ce paiement, le rapport d'obligations qu'on présume exister entre les deux parties contractantes.

Nous avons dit que ce raisonnement ne nous paraît pas suffisant.

Certes, il y a une règle générale, un principe unanimement acquis suivant lequel le paiement est un mode d'extinction, à coup sûr, le plus important des obligations.

Il n'y a cependant pas de règle qui ne subisse pas d'exceptions, et nous croyons qu'avec le paiement de l'indû et l'action en répétition on est justement en présence d'un de ces cas.

Nous avons vu qu'il y a des auteurs qui, comme M. Lambert, estiment que le paiement indu et l'action qu'il fait naître doivent être considérés comme une source d'obligation, de cette obligation qui incombe au défendeur à l'action, à l'*accipiens*, de restituer ce dont il s'est enrichi et qu'il n'a pas droit de garder.

M. Cantacuzino ne peut cependant concevoir les effets d'un paiement indu que s'ils sont expliqués avec les principes qui dirigent la matière des contrats (1).

Examinant les différents cas où le paiement est indu et où, par conséquent, il donne lieu à une répétition, le dit auteur parle de l'erreur en tant que condition du paiement indu.

Mais, et c'est par là qu'il s'approche de la théorie de M. Demogue, il estime que la répétition peut avoir parfois lieu, indépendamment de tout élément d'erreur ; c'est le cas où le caractère illicite ou immoral de l'obligation que le paiement devait éteindre ne peut pas faire doute.

Par ailleurs, il importe peu que ce caractère illicite existe uniquement en ce qui concerne la prestation d'une des parties ou réciproquement, du côté des deux parties.

C'est là une solution très équitable, et nous verrons par la suite pourquoi.

Enfin, dit M. Cantacuzino, un paiement est encore indu, lorsque l'effet futur du rapport en vue duquel le dit paiement a été fait et reçu, ne s'est point réalisé.

Mais là il s'agit de ce qu'on appelle généralement une *causa data non secuta*.

M. Alexandresco étudie les conditions du paiement de

(1) Cantacuzino M.-B., *op. cit.*, p. 438, 2^e éd. revue et complétée.

l'indû, telles qu'elles résultent des articles 992, 993 et 1092, paragraphe 1, du Code civil roumain (1).

Il les résume à deux : le fait d'un paiement indû ; la nécessité que le paiement soit effectué à la suite d'une erreur de fait ou de droit.

Ce sont, par conséquent, exactement les mêmes conditions qu'exigent les auteurs français qui pourtant parlent en général de trois conditions², mais c'est là un fait sans importance, car M. Alexandresco ne fait que fusionner en une seule condition les deux éléments qui sont considérés par la doctrine française comme deux conditions distinctes : d'une part le paiement et d'autre part l'*indebitum*.

Nous n'admettons pas l'opinion de M. Alexandresco sur un point essentiel ; il exige toujours, pour le triomphe de l'action en répétition, une erreur.

Il estime que c'est là une solution très juridique fondée sur l'équité ; et il arrive à cette conclusion qu'il faut exiger toujours de la part du *solvens* une erreur pour que la *condictio indebiti* puisse être exercée.

Nous reviendrons par la suite, lorsque nous parlerons des changements apportés par le projet franco-italien sur les obligations, sur les inconvénients et même les véritables dangers d'une pareille solution.

M. Plastara étudie, d'une part, la conception des auteurs qui exigent toujours l'erreur comme élément de la répétition et, d'autre part, celle des auteurs pour lesquels cette condition n'est pas indispensable ; il analyse en même temps l'article 993 du Code civil roumain et tire la con-

(1) Alexandresco Dém., *op. cit.*, p. 108, t. III.

clusion que le dit article demande l'erreur dans l'hypothèse où une personne a payé, quoique elle ne devait pas, mais cette erreur n'est pas demandée dans l'hypothèse où on a payé à un autre qu'au véritable créancier (1).

Examinant le courant d'idées général, M. Plastara soutient que l'opinion qui a prévalu est celle qui demande toujours l'erreur comme condition de l'action.

Pendant, estime M. Plastara, il y a des cas où l'erreur ne doit pas être exigée : ce sont surtout les deux cas qu'on envisageait en droit romain sous le nom de *condictio sine causa* et de *condictio turpis*.

Voyons maintenant, après avoir envisagé les traits du paiement de l'indû tels qu'ils se dégagent en droit romain et dans la doctrine moderne, quelles sont les modifications que le projet franco-italien sur les obligations et les contrats a apportées aux articles 1376 à 1381 du Code civil français et 1145 à 1150 du Code civil italien.

Le projet franco-italien sur les obligations a consacré au paiement de l'indû et à l'action en répétition les articles 66 à 72.

Article 66. — Tout paiement suppose une dette : ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition.

La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été spontanément acquittées.

Article 67. — La personne qui, par erreur, a fait un paiement à celui qui n'était pas son créancier, a le droit de répéter ce qu'elle a payé.

Ce droit n'appartient pas à celui qui, se croyant débiteur,

(1) Plastara G., *op. cit.*, p. 149, t. IV.

paye le vrai créancier lorsque celui-ci s'est dépouillé de bonne foi de son titre ou a renoncé aux garanties de sa créance. Dans ce cas, celui qui a payé a un recours contre le véritable débiteur.

Article 68. — S'il y a mauvaise foi de la part de celui qui a reçu l'indû, il est tenu de restituer tant le capital que les intérêts ou les fruits, du jour du paiement.

Article 69. — Si celui qui a reçu l'indû est incapable, il n'est tenu que dans la mesure de son enrichissement même s'il est de mauvaise foi.

Article 70. — Celui qui a indûment reçu une chose déterminée est tenu de la restituer en nature, si elle existe.

S'il l'a reçue de mauvaise foi, il est tenu de restituer la valeur de la chose qui a péri ou s'est détériorée même par cas fortuit, suivant l'estimation au jour de la demande en restitution, sauf le droit, pour celui qui a donné la chose indue, d'exiger la chose même détériorée avec, de plus, une indemnité pour la diminution de valeur.

Article 71. — Celui qui, ayant reçu la chose de bonne foi l'a aliénée avant de connaître son obligation de la restituer, est obligé de restituer l'équivalent par lui reçu ou de céder l'action pour l'obtenir. Si l'aliénation a été faite à titre gratuit, le tiers acquéreur est obligé dans la mesure de son enrichissement envers celui qui a fait le paiement indû.

Celui qui, ayant reçu la chose de bonne foi, l'a aliénée après avoir eu connaissance de son obligation de restituer, est obligé de restituer la chose en nature ou sa valeur suivant l'estimation au jour de la mise en demeure de restituer, sauf, pour celui qui a payé l'indû, le droit d'exiger la prestation reçue en raison de l'aliénation ou l'action pour l'obtenir. En cas d'aliénation à titre gratuit, l'acquéreur, faute de restitution

de la part de l'aliénateur, est obligé dans la mesure de son enrichissement envers celui qui a fait le paiement indu.

Article 72. — Celui auquel la chose est restituée, doit tenir compte, même au possesseur de mauvaise foi, des dépenses nécessaires que celui-ci a faites.

En cas de dépenses utiles, il aura le choix, ou d'en rembourser le montant ou de payer la plus-value.

A lire ces articles comparativement à ceux des Codes civils français et italien, on voit que les changements apportés, sans être grands, sont tout de même assez importants ; ces changements qui sont surtout de forme, on peut les résumer à trois.

D'abord, dans son article 66, le projet franco-italien sur les obligations a formulé le principe énoncé par le Code civil français dans son article 1235 ; en effet, cet article d'ordre général établi en matière de paiement ne pouvait pas être complètement séparé des articles 1376 et 1377 qui, — eux — ne supposent que des cas particuliers de paiement ; nous avons vu par ailleurs que des auteurs renommés, interprétant les textes du Code civil, sont arrivés à cette conclusion qu'il y a deux hypothèses distinctes qu'il faut envisager :

d'une part, l'hypothèse prévue par les articles 1376 et 1235, quand l'erreur ne paraît point indispensable à la répétition du paiement ;

d'autre part, l'hypothèse prévue par l'article 1377, quand l'erreur est la condition *sine qua non* de la répétition.

Or, le projet franco-italien sur les obligations, par l'œuvre entreprise à cet égard, a mis en quelque sorte de l'ordre et a systématisé la matière ; il a pris des décisions éparses dans le Code civil et tout de même étroitement

liées entre elles et les a arrangées dans un ordre chronologique, facilitant ainsi une suite logique dans le raisonnement diffusé par la pensée juridique.

Il a fait en un mot œuvre raisonnée, car avant d'émettre certaines hypothèses particulières, il a établi d'abord le principe général qui les implique.

Un second changement du projet franco-italien sur les obligations, en ce qui concerne le paiement de l'indû, consiste dans le fait qu'il a modifié quelque peu la formule de l'ancien article 1235 du Code civil français en substituant au mot volontairement celui de spontanément.

« La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été spontanément acquittées ».

En effet, comme le dit le rapport qui accompagne le projet (1), le terme volontairement était susceptible de deux interprétations différentes :

c'est d'abord l'interprétation qui lui était donnée généralement en France et suivant laquelle celui qui paie volontairement sait qu'il n'était nullement contraint à le faire, qu'il pouvait, somme toute, ne pas payer, parce qu'il s'agit d'une obligation non munie d'action ;

et c'est l'interprétation qui lui était donnée surtout en Italie et suivant laquelle celui qui a payé, quoique non contraint, ne savait pas qu'il pouvait s'y refuser.

Par conséquent nous disons que le mot volontairement est ambigu parce que en France, par exemple, on peut toujours — conformément à l'article 1235 du Code civil — répéter le paiement fait en vue d'éteindre une obligation naturelle, si on peut démontrer que ce paiement n'a pas

(1) Rapport sur le projet d'un Code des obligations et contrats commun à la France et à l'Italie, p. LXXIX-LXXXI.

été effectué volontairement, qu'il est le résultat d'une erreur ; tandis que selon l'interprétation italienne, on ne pourra jamais répéter un tel paiement justement parce que le *solvens* ne savait pas qu'il peut ne pas s'exécuter et qu'il a payé une dette juridiquement existante.

Se conformant à la tradition romaine et à la conception généralement acquise quant à la valeur morale et sociale de l'obligation naturelle, les rédacteurs du projet franco-italien sur les obligations et sur les contrats, employant le mot spontanément à la place du mot volontairement, ont admis d'un commun accord que la répétition n'est pas possible pour les obligations naturelles, et cela sans aucune distinction, qu'elles soient acquittées sciemment ou par erreur.

Si on s'en tenait à l'expression volontairement, l'hypothèse de l'erreur devait obligatoirement sous-entendre la possibilité de la répétition (1).

Nous trouvons cette conception des auteurs du projet franco-italien pleine de logique et de bon sens.

Enfin, le projet franco-italien sur les obligations a fusionné dans un seul article, l'article 67, les articles 1376 et 1377 ; il a tâché par là même de mettre fin aux controverses qui séparaient les jurisconsultes quant à la question de l'erreur comme condition du paiement indu et il a réuni aussi sous un même faisceau deux hypothèses divergentes sur lesquelles la doctrine était assez divisée.

Par la rédaction de l'article 67 du projet franco-italien sur les obligations, on écarte la contradiction que d'aucuns voyaient entre les articles 1235 et 1376 d'une part et l'article 1377 d'autre part.

(1) Duranton, *op. cit.*, t. XIII, p. 692.

L'erreur est maintenant toujours exigée pour que la répétition soit admise dans les obligations civiles.

Nous ne partageons pas sur ce point l'opinion des rédacteurs dudit projet : bien au contraire, nous aurions voulu les voir adopter la conception de M. Demogue — dont nous avons parlé — et à laquelle se sont rattachés MM. Colin et Capitant.

Nous avons déjà insisté pour n'y plus revenir sur les avantages de ce système moyen, en quelque sorte transactionnel, système selon lequel on devrait en somme étudier chaque espèce à part pour arriver à lui donner une solution adéquate.

Selon nous, l'erreur ne peut pas être exigée comme condition indispensable de la répétition : il y aura parfois des cas où la preuve de cette condition est nécessaire ; pour ces cas là, il faut élargir beaucoup la sphère d'application de cet élément et il faut placer sous son égide tout cas de dol, de contrainte, de violence et même — dirions-nous volontiers — de chantage.

Autrement des iniquités innombrables seraient susceptibles de se produire à chaque instant.

Certes, il faut se montrer assez sévère à l'égard de ceux qui font des paiements indués et qui normalement, agissant avec discernement, n'auraient pas dû les faire ; mais il ne faut pas admettre facilement la solution — par ailleurs très favorable — que l'*accipiens* se prêterait volontiers à plaider et qui consisterait à ne voir dans ces paiements faits induément que des manifestations de certains esprits bienveillants par excellence, des cas de libéralité.

Exiger autant que possible une erreur chez le *solvens*, il le faut bien ; mais exagérer la portée de cet élément,

et refuser l'action en répétition toutes les fois qu'il manquera, c'est aller à l'encontre de l'équité.

Une des conséquences immédiates de ce refus, sera de donner valabilité à un enrichissement illégitime de l'*accipiens* et de méconnaître ainsi la règle suivant laquelle nul n'a le droit de s'enrichir injustement aux dépens d'autrui.

Une autre conséquence tout aussi puissante sera de détruire le principe de la stabilité des patrimoines, de leur équilibre par la conservation des valeurs dans ces patrimoines, principe à l'application duquel l'action en répétition en tant que simple variante de l'action *de in rem verso* — *lato sensu* — doit rigoureusement veiller.

Enfin, nous estimons qu'il y a des cas où, comme l'a très justement remarqué M. Demogue, le paiement pourra donner lieu à la répétition même à défaut de toute erreur ; ce sont les cas où le paiement avait une cause illicite ou immorale.

Si le *solvens* ne pouvait alléguer aucune erreur et, même plus, s'il y a une faute certaine qu'on pouvait lui imputer, si — en un mot — le *solvens* et l'*accipiens* sont tous deux coupables au même degré par le but illicite ou immoral que leur engagement réciproque envisageait, il y a lieu tout de même, quoique normalement cela ne devrait pas se produire, d'accorder au *solvens* le bénéfice de la répétition.

Autrement on consolide la situation que l'exécution unilatérale d'une convention illicite ou immorale a créée ; et s'il faut statuer entre deux parties, également déloyales, également peu dignes d'intérêt, il faut surtout prendre des décisions qui correspondent le plus à l'intérêt général de la collectivité, de la collectivité d'aujourd'hui surtout où

la loi de la solidarité implique à chaque action individuelle des répercussions sociales très puissantes.

C'est pour des raisons d'équité, d'utilité sociale et d'ordre public général qu'il nous aurait plu de voir le projet franco-italien sur les obligations marquer un progrès net en donnant une pareille interprétation à l'erreur comme condition de la répétition et en bannissant complètement le vieux concept inadmissible : *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

DEUXIÈME PARTIE

**ESQUISSE D'UNE NOUVELLE CONCEPTION
DE LA GESTION D'AFFAIRES ET DE
L'ENRICHISSEMENT SANS CAUSE**

L'ÉLÉMENT INTENTIONNEL — LE FONDEMENT
JURIDIQUE — Y A-T-IL UN DOMAINE D'APPLICATION
DIFFÉRENT POUR LA VERSIO IN REM ET POUR
L'ACTIO CONTRARIA ?

Une question très importante qui se pose est non seulement celle de savoir si le tiers intervenant dans l'affaire d'autrui dispose de l'action *negotiorum gestorum contraria* ou de l'action de *in rem verso*, mais encore s'il est tenu des obligations directes, telle que l'obligation de continuer la gestion et celle de rendre compte de cette gestion, obligations qui pèsent d'habitude sur le gérant et non sur l'enrichisseur.

Pour Maruitte la solution du problème dépend du domaine auquel l'espèce donnée ressortit.

Il faut par conséquent savoir si elle appartient à la gestion d'affaires ou à l'enrichissement.

C'est l'utilité de la gestion qui fournira le critérium distinctif, puisque « l'exercice de l'action contraire implique l'utilité de la gestion, ce qui ne requiert point l'exercice de l'action *de in rem verso* » (1).

Mais, et c'est ce que M. Maruitte ne laisse pas entrevoir, il est fort difficile de savoir comment apprécier cette utilité. C'est là en somme une question où l'objectivisme devrait jouer un rôle capital.

(1) Maruitte M., *La notion juridique de gestion d'affaires*. Thèse, Caen, 1930, p. 340.

Nous reviendrons par la suite sur ce point, mais nous pouvons dire d'ores et déjà que — pour notre part — nous estimons qu'il s'agit là d'un renforcement du pouvoir arbitraire du juge.

En tout cas, le problème dont nous nous occupons est important à cause justement des obligations qu'il fait naître et qui diffèrent essentiellement selon qu'on se place sur le terrain de la gestion d'affaires ou sur celui de l'enrichissement sans cause.

M. Planiol nous a d'ailleurs montré la double face que peut revêtir cette question et les conséquences qu'on peut en tirer en adoptant tel point de vue ou tel autre.

A la suite d'un arrêt de la Chambre des requêtes en date de 16 juillet 1890 (1), arrêt suivant lequel le fait d'avoir élevé sur un terrain loué des constructions dont profite le propriétaire constitue de la part du preneur une gestion d'affaires — le propriétaire étant tenu de rembourser au locataire les dépenses utiles, quoique ce résultat ne soit pas entré dans les prévisions des parties, — M. Planiol estime qu'il ne semble nullement certain que ce fait d'avoir élevé des constructions sur le terrain d'autrui puisse constituer une gestion d'affaires.

Et il ajoute : « Nous craignons fort qu'on ait ici confondu la gestion d'affaires qui est une cause très nette et très distincte d'obligations avec la famille beaucoup plus vaste et beaucoup moins bien déterminée des obligations qui naissent d'un enrichissement sans cause.

Il faut savoir bien apprécier si telle gestion fait naître l'*actio contraria* ou si elle donne au gérant uniquement la possibilité de l'*actio de in rem verso*.

(1) Voir *Dalloz*, 1891.1.49.

Car — estime M. Planiol — dans tous les cas où il se produit, l'enrichissement n'engendre qu'une obligation unilatérale de restitution.

Il n'y a jamais, car il ne peut pas y avoir des conséquences plus compliquées parce que le fait générateur de l'obligation qui pèse sur l'enrichi n'est que « l'incorporation d'une chose à une autre, qui entraîne, par voie d'accession, une acquisition de propriété. Celle-ci étant sans cause, l'équité exige une réparation qui a lieu sous la forme d'une action en indemnité. Le raisonnement serait le même si nous supposions, au lieu d'une acquisition de propriété, une simple plus-value procurée à la chose d'autrui par l'accomplissement d'un travail. Mais la gestion d'affaires est quelque chose de plus ; elle est une source productive d'obligations réciproques entre les parties. Elle suppose essentiellement l'accomplissement d'actes juridiques, faits dans l'intérêt d'une personne dont on n'a reçu aucun mandat (1). »

Il est tout naturel que tel soit le résultat si on attachait la même importance à l'élément intentionnel que M. Planiol.

Cependant notre point de vue diffère parce que, avant tout, nous supposons une autre règle de base à l'institution de l'enrichissement sans cause que celle communément admise et parce que, après coup, il ne nous semble pas aussi catégoriquement que l'enrichissement sans cause fait naître uniquement une seule obligation à la charge de l'enrichi par opposition à la gestion d'affaires qui, elle, engendre des obligations réciproques.

En effet, même si sans avoir l'intention de rendre un service à autrui, sans le vouloir, on l'a tout de même pro-

(1) Planiol, note sous Cassation D. 1891.1.19.

curé, il faut et il faut dans toute la mesure où cela ne nuit pas à celui qui a agi pour autrui, continuer sur la voie sur laquelle on s'est engagé.

C'est là un principe puisé dans cette règle qui domine le droit et dépasse de beaucoup sa frontière, la règle de l'équité naturelle.

En somme, ne plus continuer une affaire entreprise, uniquement parce qu'on se rend compte après coup que cela n'est d'aucun intérêt pour celui qui a comme tel agi, cela pourrait changer le cours normal des faits ; cela pourrait aboutir à des conséquences plutôt dangereuses pour celui qui s'est vu bénéficier de l'agissement — même involontaire — d'un tiers.

Mais, plus encore ! défaire ce qu'on a fait, démolir ce que l'on a bâti, faire totalement changer les prévisions du bénéficiaire et les suites qu'il aurait pu donner à son affaire si l'intervention du tiers ne s'était pas produite, transformer une plus-value dont il pouvait être certain sans l'ingérence du tiers ou, — l'immixtion une fois établie, — sans une interruption brusque, voulue et consciente, en une moins-value, en un appauvrissement, n'est-ce pas aller à l'encontre d'une logique pourtant élémentaire, à l'encontre de certaines règles que la vie commune nous a forgées, à l'encontre des éléments les plus modérés de cette loi d'entr'aide qu'est la loi de la solidarité ?

Et n'est-ce pas, par contre, se hasarder trop sur un chemin qui, loin de correspondre aux plus naturelles aspirations humaines, nous conduira lentement et péniblement à une désagrégation complète ?

Ce n'est que pour cela que nous estimons, comme nous l'avons par ailleurs indiqué, qu'il importe peu de savoir si c'est pour un tiers que l'on agit ou de ne point le savoir ;

qu'importe peu le fait d'avoir la conscience d'être utile et l'intention de rendre service ou d'être, par contre, dépourvu de toute intention, de toute volonté d'être utile au tiers ; qu'importe peu le fait de faire l'affaire de telle personne étant convaincu qu'on fait l'affaire de telle autre personne ou croyant faire la sienne propre ; enfin qu'importe peu le fait de faire ma propre affaire, en apportant indirectement un service à autrui.

En effet, ce n'est que le fait de la gestion qui compte ; il faut apporter toujours les mêmes soins à l'affaire entreprise et cela sans aucune distinction.

Il y a là un principe dont on ne trouve nullement l'énoncé dans le Code civil, une règle qui n'a pas trouvé une consécration légale.

Mais qu'importe cette omission contre laquelle s'élève le bon sens et l'évidence ?

Il y a bien d'autres règles qui n'ont pas trouvé de place dans nos Codes et qui pourtant sont aujourd'hui presque universellement acquises. Et il nous suffit de citer ce grand principe de justice exprimé par la formule « nul n'a le droit de s'enrichir injustement au détriment d'autrui », pour nous rendre compte que la pensée juridique n'est jamais réfractaire aux idées pleines de bon sens, aux idées nouvelles, à ces tendances qui — peut-être — ne se sont pas manifestées avec la même acuité en 1804 pour pouvoir être sanctionnées par la loi écrite, mais qui se sont multipliées de plus en plus depuis lors à mesure que la vie en commun des humains est devenue la loi naturelle et que leur interdépendance en est devenue son accessoire.

Nul doute que de tels principes trouveraient aujourd'hui

d'hui, si l'on entreprenait l'œuvre de révision du Code, de sa refonte, une consécration légale.

Il suffit pour cela de jeter un coup d'œil sur le projet franco-italien des obligations et on en aura la meilleure preuve en regardant cette œuvre née du progrès de la société humaine et imbue de ses lois.

Il consacre en effet un article de toute première importance, l'article 73, à ce principe de l'enrichissement sans cause admis tant en doctrine qu'en jurisprudence et dont les applications uniquement, et non le principe en lui-même, ont trouvé leur résonnance dans les Codes civils français, italien et roumain.

Certes, le principe que nous avons envisagé plus haut, par opposition à ce que dit M. Planiol, n'est pas envisagé non plus par le projet franco-italien sur les obligations.

Mais ce n'est point là un motif qui puisse nous arrêter dans notre raisonnement.

Nous n'avons pas manqué de dire que ce projet franco-italien n'a pas corrigé toutes les imperfections des deux Codes en vigueur en France et en Italie, qu'il reste encore beaucoup à faire, que — tel qu'il est — il marque une supériorité, de rédaction surtout, par rapport aux Codes civils français et italien, mais que tout de même il ne représente qu'un commencement de progrès.

N'oublions pas que ce projet n'a pas apporté des changements fondamentaux aux Codes en vigueur.

Il n'a fait qu'effleurer la matière en elle-même, le contenu, et s'est contenté plutôt, comme nous l'avons démontré, d'améliorer la forme des textes législatifs, afin de les rendre suffisamment souples et compréhensibles, en un mot, plus à même d'être à la portée de tout le monde.

Dès lors rien d'étonnant que, sanctionnant certains

principes posés par l'utilité sociale, il a laissé en dehors de ses textes d'autres principes, non moins importants, dictés toujours par la même utilité sociale.

Rien d'étonnant qu'il n'ait pas envisagé toutes les données de l'équité naturelle, données qui, somme toute, se présentent peut-être de façon moins apparente que le principe sanctionné par l'*actio de in rem verso*, mais dont l'existence ne peut être contestée.

Il ne reste pas moins vrai cependant que la thèse que nous soutenons, thèse puisée d'un principe d'équité, peut et doit conquérir sur le terrain du droit cette force que les nécessités pratiques lui fournissent sur le terrain des faits.

Cette thèse devrait, selon nous, être légalement consacrée dans un nouveau Code. Elle aurait dû faire l'objet d'un article spécial dans le projet franco-italien sur les obligations.

Et s'il s'agissait à l'heure actuelle de l'introduction de ce projet en Roumanie, adoptant son contenu, il nous semble qu'il faudrait y ajouter un article de plus, article dont l'énoncé serait le suivant :

Celui qui, par ses agissements, abstraction faite de tout élément intentionnel, augmente nettement la valeur du patrimoine d'autrui ou fait naître seulement le commencement d'une certaine plus-value, contracte l'obligation de continuer en bon père de famille dans la voie sur laquelle il s'est engagé et cela dans la mesure où il ne nuit pas à ses propres intérêts.

Expliquons-nous sur cette formule.

Il ne faut pas naturellement prendre son texte à la lettre et donner à chaque mot son sens usuel. Ce faisant, on serait dans l'erreur.

Quand nous employons l'expression « contracte l'obli-

gation », il ne s'agit nullement là d'un contrat, source d'engagements réciproques, d'un contrat qui suppose un concours de volontés.

Il s'agit là d'une obligation que celui qui entreprend la gestion des affaires d'autrui contracte envers lui-même et dont la cause est bien le fait de son ingérence, le fait d'avoir pu être utile à autrui ; il faut, par conséquent, suivre le chemin une fois tracé.

Il s'agit ensuite d'une obligation contractée envers le véritable bénéficiaire — et c'est là une question extrêmement importante — de terminer une œuvre entreprise, de ne pas interrompre brusquement ce qu'il a commencé, et par là même de stagnifier en quelque sorte la marche d'une affaire qui, sans cette intervention, aurait pu prendre une évolution toute différente.

Cette obligation pour celui qui agit est d'autant plus pressante que son accomplissement ne gêne nullement ses intérêts.

Il s'agit enfin d'une obligation contractée envers la société dont, selon Bourgeois, chacun naît débiteur et à laquelle on fait son apport utile et naturel par cette entr'aide fraternelle.

Il faut par conséquent prendre l'expression « contracte l'obligation » comme synonyme à celle de « se trouver dans l'obligation ».

Et alors on remarque facilement combien nous sommes éloignés par la formule que nous proposons de celle appartenant à l'éminent civiliste français.

Car l'enrichissement sans cause, selon cette formule, n'engendrera plus une seule obligation, une obligation unilatérale qui pèse sur l'enrichi, comme le soutient M. Planiol, mais il fera naître une double obligation, à la

charge de l'appauvri — quoique cela puisse paraître paradoxal — et de l'enrichi à la fois.

C'est, nous le répétons, tout à fait naturel.

Et la nécessité de ces doubles obligations apparaîtra encore en pleine lumière si, quittant le domaine de la logique et du bon sens qui font enchaîner le raisonnement que nous avons embrassé, on envisage cette question au point de vue économique.

Il ne faut pas en effet laisser les choses périr. Bien au contraire, il y a tout intérêt à terminer ce qu'on a commencé, à mener à bonne fin une œuvre utilement entreprise, à bâtir — *lato sensu* — tout le long d'un chemin qu'on s'est frayé, même si économiquement un tiers en tirera profit de notre travail, voire même ce tiers à l'égard duquel on n'avait aucune raison de le faire bénéficier de l'entreprise commencée.

Sans cette façon d'agir, on laisserait tout à la bonne guise de certains gens qui, se sachant à l'abri de toute poursuite, de toute contrainte, tempérant leur élan au moment même où il pouvait donner le maximum de rendement, abandonneraient tout ce qu'ils ont commencé pour s'épargner une peine souvent insignifiante par rapport au résultat qu'elle aurait pu procurer.

Et bien entendu il y aurait alors une stagnation pour l'économie nationale de chaque pays, un arrêt dans le mouvement constructif et progressif.

Voilà donc pourquoi la nécessité de l'obligation qui pèse sur celui qui a produit l'enrichissement à un moment donné — obligation d'apporter tous ses soins et de continuer dans la mesure où cela ne nuit pas à ses propres intérêts — nous semble tout aussi naturelle que celle qui pèse sur celui qui se trouve être enrichi.

Mais alors, on établit une sorte de confusion de fait entre la gestion d'affaires et l'enrichissement sans cause. Car on pourra — et à juste titre — nous reprocher que par notre façon d'envisager les choses on établit deux obligations réciproques quand on se trouve en face d'un enrichissement sans cause, exactement comme on établissait les obligations réciproques qui naissent de la *negotiorum gestio*.

Et la question, déjà extrêmement embrouillée, de savoir quand on se trouve sur le domaine d'une institution et quand sur le domaine de l'autre, ne le sera que davantage.

Nous savons en effet que ces confusions ont été extrêmement fréquentes, qu'elles sont tellement nombreuses que M. Picard se demande si la jurisprudence n'a pas fait de confusion entre les actions qui sanctionnent ces deux institutions (1).

Et de même M. Planiol nous parle de cette même confusion.

Ainsi l'arrêt que nous avons cité quand il s'agissait de résoudre le problème s'il faut ou non demander chez le gérant de l'affaire d'autrui l'*animus gerendi*, arrêt en date du 16 juillet 1890, peut nous fournir la preuve. C'était là, comme l'a remarqué M. Planiol, une confusion qui s'est produite dans le langage entre la gestion d'affaires et l'action de *in rem verso*, sans altérer d'ailleurs la rectitude des solutions.

Le fait pour un locataire d'avoir élevé une construction sur le terrain loué a été considéré comme une gestion d'affaires, quoiqu'il constituait manifestement un cas d'enrichissement sans cause.

(1) Picard M., article cité, *Revue trimestrielle de droit civil* de 1921, p. 449.

Mais, comme on lui donnait le droit de se faire rembourser les impenses utiles, on faisait application de la *versio in rem*.

C'est pourquoi M. Planiol a tâché d'établir un certain critérium de distinction qui, pour ne pas présenter de trop grands avantages à cause justement de l'analyse très subtile qui doit accompagner chaque espèce prise à part, analyse très difficile puisqu'il s'agit d'étudier objectivement l'intention du gérant, fournit néanmoins certains indices.

M. Planiol établit cette distinction à la suite d'un arrêt de la Cour de cassation en date du 20 décembre 1910 (1).

L'espèce était très simple. Un co-propriétaire d'un terrain indivis ayant fait bâtir sur ce terrain, il s'agissait de savoir si les entrepreneurs avec lesquels le propriétaire par indivis a traité et auxquels un solde était dû encore, pouvaient bénéficier, pour récupérer ce solde, d'une action directe contre les autres co-propriétaires.

La Cour de Paris et la Chambre des requêtes ont également admis cette action.

La Cour avait donné comme fondement de sa décision la gestion d'affaires.

La Chambre des requêtes en a donné l'enrichissement sans cause.

Pour bien savoir s'il s'agit de l'application de la gestion d'affaires ou de l'enrichissement sans cause, il faut rechercher, dit M. Planiol, la façon dont le gérant s'est engagé vis-à-vis des tiers.

En effet le maître n'est tenu que des obligations qui ont été contractées en son nom par le gérant. Et si le

(1) Voir Planiol, note sous Cassation, 20 décembre 1910, D. 1911.1.377.

gérant a traité avec ces tiers en son nom personnel et non au nom du maître, lui seul est personnellement tenu en vertu du contrat.

Les tiers n'ont pas le maître pour débiteur ; ils ne le connaissent pas.

Par conséquent, l'action directe dépend uniquement de cette vérification, du fait de savoir si, dans notre hypothèse, les marchés passés par le co-propriétaire pour la construction de la maison ont été conclus en son propre nom ou au nom de ses co-propriétaires.

Il est naturellement fort difficile, même après les explications de M. Planiol, de tirer une conclusion précise, surtout à cause de l'incohérence de la jurisprudence sur les rapports entre l'*actio negotiorum gestorum* et l'*actio de in rem verso*, de délimiter leurs frontières et d'établir en quelque sorte un système qui, étant même très souple, puisse fixer avec précision le domaine d'application d'une institution ou de l'autre.

En tout cas, l'essai de M. Planiol a au moins le mérite de nous indiquer une voie qui, à condition d'être bien utilisé, c'est-à-dire à condition de savoir examiner consciencieusement et objectivement chaque espèce particulière, pourrait nous servir d'appui.

Le passage que nous venons de citer, exactement comme l'article de M. Maurice Picard, ne peuvent que nous montrer davantage les confusions très fréquentes qu'on fait entre l'enrichissement sans cause et la gestion d'affaires et la difficulté très grande qu'il y a de vouloir établir une cloison étanche entre ces institutions dont la nature semblable et le fondement commun n'exigent que d'être fondues en une seule institution et sanctionnées juridiquement par une seule action.

Et on arrive à une conclusion sensiblement analogue si on lit l'article de M. Rouast sur l'enrichissement sans cause, où il parle de l'assimilation qu'on fait habituellement entre la gestion d'affaires et l'enrichissement sans cause (1).

Parlant du principe de droit naturel « nul n'a le droit de s'enrichir injustement aux dépens d'autrui », M. Rouast estime que, quoique non inséré dans les textes du Code, la jurisprudence a toujours tenu compte de ce principe proclamé par une tradition connue.

Mais, dit M. Rouast, pour éviter le recours à l'équité, la jurisprudence a cherché un biais. Elle a fait appel à la notion de gestion d'affaires, « notion toute voisine puisque le gérant d'affaires enrichit le maître sans le consentement de celui-ci » (2).

Malgré toutes ces ressemblances qu'il y a entre ces institutions, ressemblances qui, par ailleurs, vont nous conduire à une assimilation parfaite, à une fusion entre les deux, il ne nous semble pas que nous compliquons davantage encore les choses par notre façon de considérer le problème.

En effet, nous estimons pour notre part que par l'essai que nous avons fait de consacrer même en cas d'enrichissement sans cause la réciprocité des obligations, exactement comme dans le cas d'une gestion d'affaires, nous n'avons nullement compliqué la question, en facilitant les confusions.

Bien au contraire, nous pensons la simplifier et nous devons agir ainsi dans des questions de droit où le terrain est souvent trop abstrait et où la tâche du magistrat

(1) Ronast A., *L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile*, dans la *Revue trimestrielle de droit civil* de 1922.

(2) Rouast A., article cité, *Revue trimestrielle de droit civil* de 1922, p. 42.

n'est pas toujours facilitée par la diversité des hypothèses.

Il importe par conséquent de mettre le fondement d'un système simple et qui puisse répondre aux exigences actuelles et aussi aux obligations qui incombent aux gens vivant dans la société d'aujourd'hui.

Nous avons dit, lorsque nous avons envisagé l'étude du quasi-contrat dans son ensemble, que, selon nous, tout quasi-contrat repose en dernière analyse sur l'enrichissement sans cause. Et nous voyons maintenant que la gestion d'affaires, ce quasi-contrat type, fait naître des obligations réciproques exactement comme nous considérons que le fait l'enrichissement sans cause.

Dès lors, si le résultat pratique est le même, s'il y a un profit qui se réalise, un appauvrissement qui se produit, des obligations d'une étendue égale ou presque dans les deux cas, pourquoi ne pas fondre les deux institutions en une seule institution qui groupera les éléments essentiels de l'une et de l'autre et qui sera sanctionnée par une seule action, une action un peu moins large que l'*actio contraria* et beaucoup plus large que n'est actuellement la *versio in rem* ?

Pourquoi, pour une subtilité par trop fine qui n'est en effet forgée que par l'élément intentionnel et qui, par ailleurs, ne trouverait la véritable contrepartie que si l'intention était bien visible, saillante, pourquoi laisser subsister une confusion permanente et assister de façon ininterrompue aux incohérences d'une jurisprudence toujours hésitante ?

Et dès lors, pourquoi ne pas mettre le magistrat en face d'une seule possibilité, la possibilité d'accorder toujours uniquement la même action, l'action de l'enrichissement sans cause, établie selon le modèle de celle exis-

tant actuellement, mais donnée avec un esprit plus large, c'est-à-dire selon une base modifiée et qui nous paraît être plus raisonnable ?

En effet, comme nous l'avons dit, il y a deux sortes d'obligations d'un même genre, qu'on se place sur le terrain de la gestion d'affaires, ou qu'on se place sur celui de l'enrichissement sans cause.

Ces obligations ont toutes deux, en dernière analyse, une même source.

C'est là — par ailleurs — une question qui a fait naître des discussions interminables, sans qu'on ait abouti à se mettre d'accord.

A un certain point de vue, nous acceptons l'opinion de MM. Aubry et Rau en la matière, mais à un point de vue tout à fait à part.

En effet, d'après la définition qu'ils donnent de la gestion d'affaires (1), on voit bien qu'ils assignent aux obligations réciproques qui pèsent sur le gérant comme sur le géré une unité d'origine.

C'est, selon eux, l'acte de volonté du gérant.

Pour nous, les obligations qui pèsent des deux côtés dans les deux institutions entre lesquelles il y a une similitude flagrante, surtout quant aux résultats pratiques, ces obligations ont deux sources différentes, deux sources qui — à la rigueur — pourraient se transformer en une seule source, une source unique, peut-être pas immédiate, mais tellement importante, qu'à elle seule, quoique plus lointaine, elle peut pleinement faire naître les obligations réciproques des deux parties. Mais alors, cette source unique ne serait pas celle envisagée par MM. Aubry et Rau.

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VI, p. 293, 5^e éd.

Et d'abord, nous disons qu'il y a deux sources différentes.

En réalité, celle qui pèse sur celui qui, avec l'intention ou sans aucun élément intentionnel, rend un service à autrui, celle qui pèse sur le gérant — englobant dans cette expression aussi la sphère de l'appauvri (quoiqu'on pourrait faire aussi bien l'opération inverse, puisque, en effet, le gérant n'est qu'un appauvri et c'est surtout en cette qualité qu'il intente l'action *negotiorum gestorum contraria*) — découle directement du fait de la gestion même, du fait de l'immixtion.

La chose n'est pas difficilement concevable. Elle prête facilement à la démonstration : j'ai entrepris quelque chose pour telle personne ; j'étais mû par un sentiment fraternel envers elle ; ou bien, sans me rendre compte, sans le vouloir, à mon insu, j'ai rendu un service à quelqu'un.

Il est conforme à la nature des choses que je fasse de mon mieux, que j'apporte le maximum de soins possible, la plus grande diligence — prenant le père de famille comme type abstrait, représentant la meilleure façon de se comporter — à ce que l'affaire réussisse.

Il y a là une obligation qui nous paraît tellement naturelle, une obligation tellement conforme au développement social, moral et intellectuel de notre époque, quelque médiocre qu'il fût ce développement, une obligation qui doit trouver normalement application toujours, quelque soit l'hypothèse qui la fait naître, qu'il nous semble ne point devoir insister davantage.

Il y a ensuite l'obligation qui pèse sur l'enrichi, sur le maître de l'affaire.

Naturellement on pourrait soutenir qu'elle naît tou-

jours de l'acte de volonté du gérant parce qu'en effet elle est en quelque sorte le résultat de cet acte. Sans la gestion proprement dite, elle ne pourrait jamais se produire. Elle naît par conséquent, pour être plus exacte, à l'occasion de l'acte de gestion.

Mais, et il nous semble que c'est là sa véritable source, c'est l'équité naturelle, c'est en quelque sorte la loi d'une sorte de concordance des rapports qui fait apparaître des obligations à la charge de l'enrichi.

Nul n'a le droit de s'enrichir injustement aux dépens d'autrui ! C'est là un principe de justice qui apparaît sous une lueur toujours plus étincelante, à mesure que les relations entre les individus sont en développement croissant ; c'est là un principe qui n'est pas inséré catégoriquement dans les textes du Code civil, lacune énorme que le projet franco-italien sur les obligations a heureusement comblée.

Mais c'est là un principe sanctionné par la justice naturelle, par cette loi de l'équité naturelle que, selon Bossuet, nous portons tous en nous-même.

Voilà dès lors la source de cette obligation !

On pourrait admettre le système que M. Bartin envisageait (1) et qui consistait à dire que l'obligation du gérant résulte à la fois de la loi et de sa volonté, et celle du maître résulte uniquement de la loi.

Cependant il nous semble que l'obligation du gérant ne résulte que de sa volonté, de son ingérence, du fait de sa gestion et pas de la loi. Celle-ci, en effet, ne fait que sanctionner une solution très juste lorsqu'elle consacre l'existence des obligations du gérant en matière de ges-

(1) Bartin, dans Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VI, p. 295, 5^e éd.

tion d'affaires, et elle devrait en faire autant en ce qui concerne la matière de l'enrichissement sans cause.

On en arriverait d'ailleurs facilement à cette solution équitable en adoptant la formule que nous avons suggérée.

Quant à l'obligation du géré, celle-là ne résulte pas non plus de la loi, mais uniquement de l'équité.

Il y a, en effet, un enrichissement procuré au patrimoine d'autrui. Cet enrichissement est dépourvu de toute cause.

L'équité doit intervenir pour indemniser celui qui, en agissant, s'est appauvri.

Et alors apparaît le rôle de la loi qui, venant sanctionner cette équité, accorde une action en indemnité à l'appauvri.

Uniquement de cette façon on fait intervenir la loi comme source des obligations réciproques des deux parties en cause.

En résumé donc, les obligations, pour nous parfaitement similaires, qui naissent de l'enrichissement sans cause ou de la gestion d'affaires, ont une source unique qui n'est que l'équité naturelle.

Et nous ajoutons que cette source n'apparaît pas uniquement à l'occasion d'un acte de volonté du gérant, car il se peut fort bien que le gérant ait produit un avantage à quelqu'un sans avoir eu la moindre intention d'agir de telle manière.

Par conséquent, la source unique de ces obligations est toujours ce principe d'équité, cette justice exercée d'après les principes de la loi naturelle, d'après le plus intime sentiment de droiture naturelle.

Et, cherchant plus loin, on pourrait admettre à la rigueur que ces obligations ont pour source la loi qui n'a

fait que mettre le sceau de la légalité sur des règles sanctionnées d'abord par la conscience humaine.

Mais encore, nous embrassons bien plus volontiers la première hypothèse parce que sa sphère est de beaucoup plus grande, pouvant abriter sous son enveloppe l'existence, très raisonnable, des obligations à la charge de l'appauvri dans le cas de l'enrichissement sans cause, obligations semblables à celles pesant sur le gérant en matière de gestion d'affaires et qui — tout de même — ne sont pas sanctionnées par la loi.

C'est pourquoi nous manifestons notre foi dans la force créatrice de l'équité naturelle.

En voilà donc un point très clair et très bien déterminé : c'est la réciprocité des obligations tant en matière d'enrichissement sans cause qu'en matière de gestion d'affaires et la même source leur donnant une même vitalité.

Dès lors, si les choses sont tellement semblables qu'elles prêtent facilement et très souvent à la confusion, si la jurisprudence a oscillé tout le temps sans être capable de nous fournir, pas plus que la doctrine, un critérium scientifique de distinction entre la gestion d'affaires et l'enrichissement sans cause, si — dans ses arrêts — elle a fait parfois intervenir la notion de gestion d'affaires dans des cas où la notion d'enrichissement sans cause eût été plus à même de répondre aux exigences de l'espèce donnée et inversement, si enfin elle est allée, comme l'a très justement remarqué M. Planiol (1), jusqu'à cataloguer telle affaire sous la rubrique de la gestion d'affaires et à y faire tout de même application — au point de vue pratique — des règles de l'enrichissement sans cause, n'est-il pas plus

(1) Planiol M., note sous Cassation, D. 1911.1.377.

logique de se débarrasser d'une institution dont les avantages incontestables, sans être diminués, gardant la même raison d'être, passeraient seulement sous une autre nomenclature, tout en subsistant avec la même force ?

Sans doute le chemin à franchir n'est pas des plus faciles. Il s'impose cependant, car on est fort embarrassé de savoir si, en dehors des quelques hypothèses déterminées par le Code civil, comme étant les conséquences qui paraissent les plus naturelles de la règle « nul n'a le droit de s'enrichir injustement aux dépens d'autrui », on doit faire application des principes de la gestion d'affaires ou par contre de ceux de l'enrichissement sans cause.

On est, en d'autres termes, fort embarrassé de savoir quel est le critérium de l'enrichissement et quel est celui de la gestion.

Une chose est certaine : c'est que le rapprochement entre les deux institutions est flagrant ; qu'il est grand à tel point que des auteurs remarquables, comme M. Planiol, ont soutenu que l'action *de in rem verso* doit être donnée toutes les fois qu'on se trouve en présence d'un cas de gestion d'affaires anormale, d'une ingérence n'offrant pas les traits essentiels qui caractérisent, selon la grande majorité des auteurs, l'institution de la gestion d'affaires.

Ce serait là d'ailleurs un critérium de distinction très difficile, parce que, comme l'ont remarqué MM. Colin et Capitant, la théorie de la gestion d'affaires anormale est plutôt une théorie incertaine, arbitraire et trop étroite.

Et de même MM. Colin et Capitant estiment que l'opinion qui donne à l'*actio de in rem verso* un fondement la rattachant au système de la responsabilité objective fondée sur l'idée de risque est encore fausse.

« D'après cette opinion, en effet, le principe que chacun

doit subir le risque de son activité, c'est-à-dire doit être responsable du dommage causé par son fait, aurait pour contrepied logique que chacun peut réclamer ce qu'il a créé par son fait et a le droit de s'en attribuer la valeur ; les deux solutions seraient les faces opposées du même principe : à chacun selon ses œuvres (1). »

Repoussant à leur tour cette conception fondée sur la théorie du risque, MM. Colin et Capitant arrivent à une solution sensiblement analogue à celle que nous avons adoptée, c'est-à-dire à celle qui fait reposer l'obligation de restituer l'enrichissement produit sans cause et l'*actio de in rem verso* sur une règle d'équité, « d'origine et de portée coutumière ».

Et la seule distinction qu'il y aurait, c'est que pour notre part il nous semble qu'une autre obligation, fondée sur le même principe d'équité et tout aussi puissante que la première, parce que ayant le même support — l'équité naturelle, — une obligation pesant sur celui qui par son fait se trouve appauvri, doit faire son apparition.

Dès lors, voilà pourquoi la fusion de ces deux institutions ayant un même but, ayant une même origine quant aux obligations qu'elles font naître, issues des mêmes nécessités et créées par les mêmes façons de concevoir les relations en société ou presque, donnant enfin les mêmes résultats pratiques sur le domaine expérimental, voilà pourquoi la fusion de ces institutions, leur union sous une seule et plus foncière égide, nous semble s'imposer comme un impératif catégorique.

Mais alors, un premier problème qui se pose est celui de savoir si l'enrichissement est la notion destinée à sur-

(1) Colin et Capitant, *op. cit.*, t. II, p. 417, 5^e éd.

vivre dans le système que nous imaginons ou si la gestion d'affaires aurait bien ce droit.

Nul doute qu'on serait tenté dès le premier abord à incliner pour la gestion d'affaires.

Elle a en effet en sa faveur un argument puissant : c'est le fait de se trouver insérée dans le Code civil français comme dans les Codes civils italien et roumain.

C'est une notion acquise depuis les temps romains et imprimée profondément dans l'esprit humain.

Les rédacteurs du Code civil français n'ont fait en 1804 que transcrire une vieille règle, revêtir de la forme légale des principes unanimement acquis.

Certes, on n'a pas une définition bien précise et nette dans le Code civil de ce qu'est au juste la gestion d'affaires. On y voit plutôt la réunion de plusieurs éléments qui — subsistant à un moment donné — forment à eux seuls un ensemble, un tout juridique auquel on s'accorde à donner le nom de gestion d'affaires.

Le Code civil s'est borné surtout à réglementer les effets de cette institution de gestion d'affaires sur le terrain des nécessités pratiques.

Tandis qu'on arrive à cette conclusion en feuilletant les textes du Code civil, on ne voit rien de semblable en ce qui concerne l'enrichissement sans cause.

C'était là une notion probablement un peu fuyante pour les rédacteurs du Code, car ils ne l'ont point consacrée légalement.

Il est bien entendu qu'on pourrait tirer certains arguments de ce défaut en faveur de la thèse de la *negotiorum gestio*.

Mais tout de même l'enrichissement sans cause est, lui aussi, une institution en faveur de laquelle on peut faire valoir tout d'abord la tradition.

A Rome on a donné de bonne heure une action qui peut sanctionner cet enrichissement.

Un texte de Pomponius déclarait que nul ne doit s'enrichir au détriment d'autrui.

Mais, nous disent MM. Colin et Capitant, il ne faut pas prendre ce texte comme signifiant qu'une personne ne peut s'enrichir grâce aux dépenses qu'une autre a faites. Des travaux d'embellissement faits sur mon fonds augmentent la valeur de votre fonds. Je ne peux pas vous réclamer une indemnité parce que votre enrichissement n'est pas obtenu à mon détriment.

Les Romains ont créé un certain nombre d'actions personnelles donnant le droit à la victime d'un enrichissement obtenu par autrui à son préjudice, de demander la réparation de ce préjudice.

Ce n'était autre chose que les *condictiones* romaines ; la *condictio indebiti*, la *condictio causa data causa non secuta*, la *condictio ob turpem vel injustam causam* et la *condictio sine causa*, en général.

Les anciens auteurs consacrèrent les mêmes principes en cette matière.

Et si le Code civil n'a pas suivi cette voie, c'est surtout parce qu'il a reproduit presque continuellement Pothier qui a étudié largement uniquement la *condictio indebiti*, qui n'est en effet qu'un seul aspect, une seule application de la règle que nul n'a le droit de s'enrichir injustement aux dépens d'autrui.

Passée du droit romain — où elle avait par ailleurs une signification toute spéciale, étant donnée uniquement à ceux qui avaient contracté avec un *alieni juris* sans que celui-ci en eût reçu l'ordre du père de famille, — dans l'ancien droit français, — où l'*actio de peculio* ou de

in rem verso change de but, tendant en général à la répétition de l'enrichissement sans cause — elle n'a pas été insérée dans le Code civil.

Sans doute, il n'est pas totalement muet à ce sujet. Il n'établit pas, certainement, dans une formule bien déterminée, la portée de cette institution, ses traits dominants, ses caractéristiques.

Cependant, il fait bien souvent appel à ce principe de justice que nul n'a le droit de s'enrichir aux dépens d'autrui et il le consacre en faisant de nombreuses applications par une série de solutions éparpillées dans ses textes.

Il suffit pour cela de reprendre l'énumération de M. Demogue (1) et de constater, comme il l'a très bien fait, que des articles comme ceux en matière d'accession : comme les articles 554, 555 al. 3, 557, 566, 570, 571, 574 du Code civil français ; des articles sur le paiement de l'indû : comme les articles 1376, 1380 ; ceux sur la théorie des récompenses entre les époux communs en biens : comme les articles 1433 et 1437 ; ceux sur les paiements à des incapables : comme les articles 1241, 1312, 1926 et 1990 du Code civil français, ne sont que des concrétisations sur le terrain de la pratique d'un principe de justice très équitable.

Et alors on voit bien qu'on n'a pas de raison pour soutenir une institution plus que l'autre, qu'on n'a pas des arguments suffisamment forts pour être à eux seuls capables d'appuyer juridiquement certains penchants pour la gestion d'affaires.

Il s'agit par conséquent de choisir. Faut-il laisser subsis-

(1) Demogue R., *Traité des obligations*, t. III, p. 122.

ter le *versio in rem* ou au contraire l'*actio negotiorum gestorum contraria* ?

Nous n'allons pas entreprendre l'analyse de fond de ces deux actions, cela dépassant la frontière de notre sujet. Nous allons uniquement envisager de façon très rapide leurs conséquences, les effets qui dérivent de leur réglementation, en prenant pour base les données déjà établies par la majorité des auteurs relativement à l'étendue des pouvoirs que ces actions font naître.

Mais avant tout il y a une question qui se pose avec beaucoup d'acuité et qui, uniquement résolue de la façon dont nous allons le faire, peut permettre de nous hasarder sur le difficile chemin que nous avons esquissé, c'est-à-dire sur la fusion des deux institutions : c'est la question de savoir si on peut vraiment recourir à la notion d'équité pour délimiter les conditions de l'*in rem versum*, comme on le fait quand il s'agit de la gestion d'affaires, si, en un mot, on aura presque l'unanimité de la doctrine à reconnaître, comme elle le fait en matière de *negotiorum gestio*, que l'équité est bien le fondement essentiel de l'existence de l'action *de in rem verso*.

Dans le cas affirmatif, notre tâche serait de beaucoup facilitée ; il s'agirait en somme de réunir en un même faisceau des choses disparates peut-être, mais tout de même profondément liées entre elles par leur origine.

Ayant en effet une unité d'origine, un même fondement juridique et répondant à une même utilité sociale, elles pourront facilement être cataloguées sous une même nomenclature et être sanctionnées par une seule action qui sera, selon nous, une *actio de in rem verso* très large, beaucoup plus large que celle existant actuellement et bien plus restreinte que la *negotiorum gestorum contraria*, une action

qui pourra être accordée par le juge dont le pouvoir serait nécessairement augmenté et dont le recrutement devrait être infiniment plus délicat.

Car, dans les diverses hypothèses où il y aura un enrichissement effectif et matériel du patrimoine de quelqu'un, de même que dans les cas de gestion morale, dont nous parlerons par la suite, et enfin de même que dans toutes les circonstances où quelqu'un, ayant agi dans un intérêt social, intente une action pour récupérer les dépenses effectuées, ce sera toujours au juge de dire le droit en dernière analyse.

Autrement, si chacun pouvait agir selon ses conceptions de justice, la justice ne serait plus sociale, mais essentiellement subjective.

Inversement, dans le cas négatif, dans le cas où on serait dans l'impossibilité de recourir à la notion d'équité en matière d'enrichissement comme on le fait en cas de gestion d'affaires, il serait impossible d'unir les deux institutions que nous envisageons.

Mais, comme nous l'avons indiqué, il nous semble qu'il y a la manifestation du même principe de droiture naturelle, d'équité sociale, qu'on se place sur le terrain de la gestion d'affaires ou sur celui de l'enrichissement sans cause.

Il y a un même fondement juridique qui soutient avec une même force des institutions issues des mêmes nécessités sociales.

En fait, on se trouve depuis une trentaine d'années en présence d'un nombre toujours plus grand d'études sur la matière de l'enrichissement sans cause.

Pour M. Ripert, tous ces travaux ne sont entrepris que pour fixer exactement les conditions de l'enrichissement. Tous les efforts des juristes ont tendu simplement à

dépouiller l'*in rem versum* de son caractère moral; car l'appel qu'a fait la jurisprudence à l'idée d'équité, cette équité qui paraît surgir comme indispensable pour expliquer la raison d'être de l'action, ne fait « qu'effrayer les juristes ».

« Il a semblé qu'elle (l'action *de in rem verso*) n'aurait vraiment belle apparence juridique que lorsqu'on serait arrivé à masquer ce besoin d'équité qui en est le fondement ou tout au moins à la couler dans une forme juridique déjà connue (1). »

Pour M. Ripert, la théorie de M. Planiol, dont nous avons parlé et suivant laquelle tout quasi-contrat repose sur un enrichissement sans cause, lequel constitue un fait illicite, puisque dépourvu de cause (2), présente des avantages et des inconvénients.

L'inconvénient réside dans le fait que cette théorie n'a pas réussi à fixer les traits caractéristiques de l'obligation légale qui pèse sur l'enrichi.

D'abord, soutient M. Ripert, on ne peut pas dire que son but est d'indemniser l'appauvri, puisque le montant de l'indemnité ne dépassera jamais — suivant le système qu'on est d'accord à reconnaître comme base de réglementation de cette institution — le montant de l'enrichissement, du profit subsistant au moment de l'introduction de l'action.

C'est là une observation tout à fait juste et nous y reviendrons par la suite. C'est d'ailleurs là une des causes pour lesquelles nous considérons comme illogique le fonctionnement de l'*in rem versum*, tel qu'il est réglementé aujourd'hui. Et c'est là le principal motif pour lequel on ne peut pas être, selon nous, avec cette matière dans

(1) Ripert G., *La règle morale dans les obligations civiles*, p. 254.

(2) Voir *suprà*, p. 49 et suiv.

le domaine délictuel où le principe directeur trouve son énonciation dans la règle : réparation totale du délit.

Ensuite, dit M. Ripert, on ne peut pas non plus soutenir que la faute consiste dans le fait de vouloir retenir l'enrichissement.

« Il n'y a pas de faute à profiter de l'activité d'autrui quand on n'a rien fait pour attirer le bénéfice de cette activité (1). »

Nous ne partageons pas sur ce point l'avis de M. Ripert et, par ailleurs, envisager les choses de cette façon, il nous semble que ce n'est pas interpréter très exactement la pensée de M. Planiol.

En effet, et c'est là une différence, M. Planiol dit qu'il existe une obligation légale pour l'enrichi, l'obligation de restituer ce dont il s'est enrichi injustement.

Une telle obligation a une cause suffisante pour l'esprit.

M. Planiol ne dit pas que c'est une faute de vouloir profiter de l'activité d'autrui quand on n'a rien fait pour attirer le bénéfice de cette activité. Il dit seulement qu'il existe une obligation légale qui pèse sur l'enrichi. C'est l'obligation de restituer son enrichissement. Ne l'exécutant pas, l'enrichi viole cette obligation légale.

{« Il ne serait pas permis à celui qui possède l'enrichissement de le conserver. Son obligation a pour cause un état de fait contraire au droit (2). »

Par conséquent la faute consisterait surtout dans le fait de ne pas vouloir rendre à l'appauvri ce dont on a bénéficié et, pour reprendre l'expression de M. Ripert, quelque

(1) Ripert G., *La règle morale dans les obligations civiles*, p. 262.

(2) Planiol M., *Classification des sources des obligations*, article paru dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence* de 1904, p. 229.

effrayante qu'elle puisse être la formule de responsabilité, uniquement ce fait — et lui seul — de ne pas rendre ce qu'on détient injustement constituerait une faute.

Mais le grand avantage de la formule de M. Planiol consiste dans le fait — et M. Ripert l'a remarqué — que M. Planiol, dans son analyse très approfondie, a scruté le fondement de l'*actio de in rem verso* dans l'obligation morale de la personne enrichie de restituer son profit.

« Il lui a donné sa véritable place à côté de l'action de responsabilité. L'une et l'autre sanctionnent des obligations civiles qui marquent la ligne de conduite de tout homme (1) ».

Comme les deux actions qui naissent de la gestion d'affaires et l'enrichissement sans cause ont des effets différents, car, quand il s'agit d'un cas de gestion d'affaires, il y a un remboursement de toutes les dépenses utiles appréciées au moment où elles ont été faites, tandis que dans le cas d'un enrichissement sans cause il y aura uniquement une restitution de l'enrichissement procuré si toutefois cet enrichissement subsiste au moment où l'action est intentée, MM. Ripert et Teisseire estiment que deux institutions juridiques, différant profondément quant aux effets qu'elles produisent, ne peuvent pas être de la même nature et par conséquent ne peuvent pas avoir un même fondement, l'équité naturelle (2).

Et puis, disent-ils, on ne peut pas invoquer l'équité comme base de l'*in rem versum*, parce que en somme c'est là un principe qui plane sur toutes les institutions juri-

(1) Ripert G., *La règle morale dans les obligations civiles*, p. 263, 2^e éd.

(2) Ripert et Teisseire, *Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause en droit civil français*, dans la *Revue trimestrielle de droit civil* de 1904, p. 792.

diques. C'est leur dernier fondement à toutes, sans constituer le motif immédiat.

« La gestion d'affaires est tout aussi bien fondée sur l'équité que l'enrichissement sans cause ; pourquoi ne l'englobe-t-elle pas tout entier ? Et pourquoi, d'un autre côté, si la règle est d'éternelle équité, en restreindre la portée à deux ou trois, qui offrent plus ou moins de ressemblance avec la gestion d'affaires ?

Toutes ces questions restent sans réponse dans cette théorie qui n'est plus qu'un souvenir (1). »

Nous considérons cependant pour notre part qu'il y a un seul et même fondement juridique pour ces deux institutions et que ce fondement ne peut être que la règle éternelle d'équité naturelle et d'utilité sociale.

Si, en effet, nous jetons un regard sur les différentes conceptions qui se sont formées relativement à ce problème, nous pouvons facilement remarquer que la grande majorité des auteurs, après avoir scruté profondément les choses, font appel, de même que la jurisprudence, à la notion d'équité.

Ils partent peut-être de données différentes, ils envisagent sous les angles les plus divers le problème, mais finalement ils arrivent à des solutions sensiblement analogues.

En effet, presque tous les auteurs sont prêts à reconnaître la grande ressemblance qu'il y a entre la gestion d'affaires et l'enrichissement sans cause, ressemblance à tous les points de vue et surtout quant aux actions qui sanctionnent ces institutions.

Laurent dit qu'il y a une identité quant à la cause entre les actions *negotiorum gestorum* et *de in rem verso*.

(1) Ripert et Teisseire, *op. cit.*, p. 743.

La cause, dans les deux cas, c'est bien la transmission d'un bien du patrimoine d'une personne dans le patrimoine d'autrui (1).

Or, le germe de cette immixtion se trouve bien dans l'une comme dans l'autre des institutions. Il est très naturel que leur fondement, comme leur origine, comme leur but et comme l'utilité à laquelle elles répondent, soit semblable.

Demolombe va même jusqu'à dire qu'il y a trois actions qui naissent de la gestion d'affaires : *directa*, *contraria*, *in rem verso* (2).

On pourrait en dire autant tout en renversant l'hypothèse.

Quel est le fondement de l'*in rem versum* pour MM. Aubry et Rau ?

MM. Aubry et Rau rattachent l'idée de l'*actio de in rem verso* au droit de propriété. La faculté de réclamer au moyen de l'*actio de in rem verso* la restitution des objets ou valeurs appartenant à un patrimoine, cette faculté est renfermée virtuellement dans le droit de propriété (3).

C'est dire qu'ils ont adopté certaines conditions d'exercice de l'action *de in rem verso* qui ne sont pas celles nécessairement imposées par la jurisprudence.

Ils ont surtout attaché de l'importance au défaut de juste cause de l'enrichissement du défendeur.

En un mot, MM. Aubry et Rau ont essayé de trouver le fondement juridique de l'*in rem versum* dans l'idée de transmission de valeur d'un patrimoine à un autre patrimoine.

(1) Laurent, *op. cit.*, t. XXX, n° 337.

(2) Demolombe, *op. cit.*, t. XXXI, n° 48.

(3) Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VI, p. 244 et suiv., 4^e éd.

M. Ripert estime que dans cette théorie MM. Aubry et Rau ont été inspirés par les applications du Code civil à propos des biens.

En tout cas pour MM. Aubry et Rau le fondement de l'action *de in rem verso* se trouve dans la nature patrimoniale de cette action.

Et, en fin de compte, ce n'est qu'en vertu de la loi d'équité naturelle qu'on doit rechercher la chose qui a quitté un patrimoine et que l'on voit dans un autre patrimoine.

On déduit très nettement la pensée intime de MM. Aubry et Rau quand on lit dans leur ouvrage :

« L'action *de in rem verso*, dont on ne trouve au Code civil que des applications spéciales, doit être admise d'une manière générale comme sanction de la règle d'équité, qu'il n'est pas permis de s'enrichir aux dépens d'autrui (1). »

Adoptant leur point de vue, et trouvant par conséquent en dernière analyse comme fondement de cette institution toujours la même idée d'équité, on voit se ranger, à côté de MM. Aubry et Rau, M. Labbé.

Dans une note sous Cassation en date de 11 juillet 1889, M. Labbé estime, en effet, que la maxime nul ne doit s'enrichir injustement au détriment d'autrui, quoique n'étant pas exprimée sous la forme d'un principe bien établi dans le Code, ne doit pas être abandonnée ; car il y a bien des articles du Code qui se réfèrent à cette idée générale qu'un déplacement de fortune sans cause ne doit pas rester sans réparation (2).

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VI, p. 246, 4^e éd.

(2) Voir note sous Cassation, Chambre des requêtes, en date du 11 juillet 1889, S. 1890.1.97, par M. Labbé.

S'il est vrai que l'application de ce principe prête à l'arbitraire, à une appréciation discrétionnaire du juge après une appréciation non moins discrétionnaire des circonstances dans lesquelles les faits se sont produits — et cela parce que les termes de ce principe équitable n'ont pas été encadrés de façon précise dans le Code civil — il n'est pas moins vrai que le législateur français en a fait quelques applications qu'on trouve dans la loi positive, et qu'en dehors d'elles le juge doit être guidé par l'analogie.

L'avenir doit appartenir à ce principe de haute moralité et de séduisante équité.

Et nous pouvons constater en effet — comme nous l'avons démontré — avec beaucoup de satisfaction que la loi du progrès ne s'est pas fait trop attendre dans cette matière, car on voit des Codes modernes comme le B. G. B. allemand de 1900 et le Code fédéral des obligations de 1911, qui, dans leurs articles 812 et 62, ont consacré ce principe qui a également triomphé dans l'article 73 du projet franco-italien sur les obligations, projet qui a su s'enrichir en adoptant cette maxime dont la formule représente, selon Labbé, le progrès de l'équité sur le droit strict.

Cette formule, et nous en avons déjà parlé, selon laquelle celui qui s'enrichit sans cause au détriment d'une autre personne, est tenu de l'indemniser, dans la mesure de son propre enrichissement, de ce dont elle s'est appauvrie, — quoique une œuvre de progrès, — est encore bien insuffisante pour notre esprit.

Elle est insuffisante à deux points de vue dont nous parlerons quand nous étudierons comment on devrait compléter, selon nous, le projet franco-italien et quelle devrait être la réglementation de la puissante action qui va sanctionner à elle seule à la fois la gestion d'affaires et

l'enrichissement sans cause, ces deux institutions groupées en une seule et de beaucoup plus foncière institution.

Mais, avant tout, voyons si, à côté des auteurs cités, il y en a d'autres qui trouvent le même fondement, la même base juridique à ces institutions et qui, par là même, pourraient faciliter de beaucoup la fusion dont nous parlons.

Pour Naquet, il n'y a qu'un seul fondement sur lequel on peut étayer l'action *de in rem verso*. C'est l'équité naturelle (1).

Il semble par ailleurs qu'on pourrait apporter certaines critiques à ce principe ; car, s'il s'agit là d'une règle dégagée par les nécessités de la vie en commun et issue du bon sens et de la loi de solidarité, base de la société humaine; il ne reste pas moins vrai que le principe en lui-même n'est point inséré dans les textes du Code où on ne voit que des applications de cette règle.

Dès lors, estime M. Naquet, on pourrait très bien objecter que l'équité ne saurait devenir la source de droits et d'obligations sous un régime de lois codifiées, en absence de tout texte.

Tout de même, les nombreux textes qui procèdent de cette idée d'équité ne peuvent être considérés que « comme des cas d'application d'un principe virtuellement consacré ».

C'est bien pour cela que M. Naquet, après avoir étudié les différentes théories qui ont tâché chacune d'apporter leur part de contribution à la difficile question de savoir

(1) Naquet, note sous Cassation, Chambre des requêtes, en date du 23 novembre 1908, S. 1910.1.425.

quel est le fondement juridique de l'*actio de in rem verso*, considère que cette action doit être envisagée comme la sanction de la règle d'équité.

« Elle a pour cause l'équité naturelle, et c'est l'équité seule qu'il faut consulter pour en déterminer la portée. »

Embrassant le même point de vue que Naquet, on voit M. Poltzer se prononcer toujours en faveur du système de l'équité comme fondement à l'action *de in rem verso*.

M. Poltzer reprend d'ailleurs exactement les objections que M. Naquet estime qu'on pourrait apporter à cette règle d'équité et, comme lui, estime que la difficulté résultant du fait que sous un régime de lois codifiées on ne trouve aucun texte quant au principe de l'équité, n'est pas insurmontable alors que des nombreuses applications de ce principe lui donnent une consécration suffisante (1).

Etudiant les diverses théories qui se sont fait jour quant à la question très controversée de la nature de l'action *de in rem verso*, transposant un peu les mots de Naquet, M. Poltzer arrive dans des termes très nets à une conclusion sensiblement pareille, celle suivant laquelle le plus sage serait de s'en tenir à la réglementation traditionnelle de l'équité (2).

Se proposant de déterminer le fondement sur lequel repose le droit positif de l'obligation qui pèse sur l'enrichi, M. Possa (3) commence son étude par une critique adressée

(1) Poltzer V., *L'enrichissement sans cause*. Thèse, Paris, 1912, p. 54.

(2) Poltzer V., *op. cit.*, p. 79.

(3) Possa, *Etude de la jurisprudence et développement de la théorie de l'enrichissement sans cause*. Thèse, Paris, 1916.

aux théories de MM. Demogue, Ripert et Teisseire, et Loubers.

Nous verrons par la suite, selon notre plan, sur quoi repose la théorie de M. Demogue.

Disons d'ores et déjà que nous l'apprécions d'autant plus que le grand jurisconsulte français étudie chaque question juridique à travers le milieu social dans lequel nous vivons.

Le droit ne peut être que le prisme reflétant les aspects de la société à un moment donné et sanctionnant les rapports qui unissent les individus les uns aux autres durant une époque dont la durée est plus ou moins déterminée.

Et malgré toutes les critiques qu'on pourrait y apporter, critiques tirées du fait qu'envisager de cette manière le droit, c'est bien manquer un peu d'objectivisme, il ne reste pas moins vrai que, pour notre part, nous estimons qu'il est impossible de pouvoir envisager une question juridique *in abstracto*, de l'étudier dépourvue de toute relation par rapport au milieu social.

En effet, ce n'est que le bouleversement de ce milieu, ses mouvements perpétuels en vue d'atteindre le plus haut degré dans l'évolution, ses besoins toujours plus croissants qui font apparaître sur le terrain juridique la nécessité de telle réglementation particulière ou de telle autre.

C'est par conséquent lui, qui apparaît comme l'embryon de toute institution nouvelle qui ne peut voir le jour que sous les impulsions de ce milieu social.

Les règles de droit viennent sanctionner ces institutions en leur donnant le cachet tracé par la pratique quotidienne.

Voilà pourquoi nous appuyons avec ferveur le système

de M. Demogue, le seul pouvant réellement correspondre aux nécessités de plus en plus nombreuses que révèle la vie en commun.

Faire œuvre utile, c'est agir de la façon dont le réputé jurisconsulte le fait, c'est-à-dire construire juridiquement et faire en même temps œuvre sociale.

C'est le point de vue que nous maintenons malgré le risque que nos constructions juridiques, suivant la voie frayée par M. Demogue, courent d'être dénommées de simples spéculations subjectives (1).

M. Possa critique la théorie de M. Demogue, théorie selon laquelle le grand savant, partant d'une prémisse ayant la valeur d'un axiome, — l'interdépendance des individus, — construit une nouvelle conception, une idée inédite, ayant comme fondement obligatoire justement la prémisse qui l'a guidé dans ses recherches.

Cette nouvelle idée ce n'est que l'interdépendance des volontés.

Se basant sur cette interdépendance, nous avons vu comment M. Demogue a expliqué la théorie du quasi-contrat *lato sensu*, le quasi-contrat social et comment il a manifesté sa foi dans la possibilité qu'il y a de faire naître des obligations par la volonté unilatérale, non du débiteur, mais bien du créancier.

On a vu, et nous en avons suffisamment parlé au chapitre consacré au quasi-contrat pour n'y plus revenir, que quelqu'un, par le seul fait de sa volonté, peut devenir créancier en créant une obligation à la charge d'une tierce personne avec cette seule condition de se conformer — en agissant ainsi — à un besoin social.

(1) Possa, *op. cit.*, p. 151.

Nous n'avons pas hésité à montrer les difficultés qu'un pareil système peut faire naître à cause de la relativité de ces nécessités sociales, de l'élasticité que peuvent revêtir les mots « besoin social ».

Et tout de même, comparant — d'un côté — ces inconvénients créés surtout par les abus qui pourraient se commettre à cause de l'ingérence d'une personne dans le patrimoine d'autrui et — d'un autre côté — les gros avantages qui peuvent en résulter tant sur le terrain des faits pratiques proprement dit, par l'augmentation de la valeur du patrimoine d'autrui, que sur le terrain social et moral, par le développement sans cesse croissant de la solidarité entre les individus, nous avons montré assez nettement que ces avantages pèsent de beaucoup plus dans la balance des comparaisons.

Et, tout en adoptant le système préconisé par M. Demogue, nous avons dit que quelqu'un peut très bien devenir débiteur malgré lui, si, en ce faisant, il assume une obligation répondant à un intérêt social évident, à un intérêt qui prime de beaucoup son intérêt individuel.

Car alors, comme chacun a des droits et des devoirs, il ne fait qu'apporter sa part de contribution dans la lutte de la vie.

Il est tout naturel dès lors que, tout en appuyant les conceptions de M. Demogue, nous repoussions les trois critiques que M. Possa lui apporte.

Tout d'abord M. Possa estime que la théorie de M. Demogue suppose que l'enrichisseur agit toujours de lui-même, qu'il est toujours l'auteur de l'enrichissement, cela uniquement parce que dans l'hypothèse où une personne se voit augmenter son patrimoine d'une certaine valeur par un pur hasard ou grâce à l'intervention d'un tiers

quelconque, le lésé n'a manifesté aucunement sa volonté de devenir créancier. Il se trouve tel en dehors de tout acte de sa part.

Et à M. Possa de tirer cette conclusion : « La volonté unilatérale de se rendre créancier de la part de l'enrichisseur ne peut pas expliquer toujours l'existence d'une obligation de restituer existant à l'encontre de l'enrichi (1). »

Nous croyons que cette conclusion n'est pas trop en rapport avec la critique que M. Possa veut adresser.

Il nous semble, pour notre part — et nous croyons que c'est ainsi qu'il faut interpréter la pensée de M. Demogue — que, rendant possible la création d'obligations par une volonté unique, la seule volonté du créancier, M. Demogue s'est conformé plutôt au besoin social et n'a point cherché, en établissant sa théorie, à trouver une explication parfaite sur le terrain juridique à l'obligation de restituer qui pèse sur l'enrichi.

Nous considérons qu'il y a en effet deux phénomènes assez distincts : c'est, d'une part, la volonté unilatérale du créancier, et c'est ensuite l'obligation de restituer.

Il n'est pas indispensable, comme le soutient M. Possa, que cette volonté même soit créatrice de l'obligation de l'enrichi. Cette volonté, c'est bien un acte de la part d'une personne, agissant quelquefois dans l'intérêt d'une autre personne et presque toujours se conformant à une certaine utilité sociale. Et l'obligation qui pèse sur l'enrichi puise sa source, selon nous, uniquement dans le principe de l'équité naturelle, étroitement lié à ces institutions juridiques autant que sociales.

(1) Possa, *op. cit.*, p. 152.

Une autre critique adressée à la théorie de M. Demogue, est faite par ricochet en quelque sorte, parce que M. Possa s'érige en apologiste d'un principe sacré, le principe de l'autonomie de la volonté.

Du moment qu'il place au plus haut de l'échelle ce principe, on déduit indirectement qu'il s'oppose à tout système différent.

Chacun est libre de faire ce que bon lui semble ; chacun est enchaîné uniquement s'il le veut et dans la mesure où il le veut.

Voilà le premier système que M. Possa appuie sur l'effet *inter partes* qu'a chaque convention, effet établi par le Code civil français dans son article 1165 ; et il aboutit à cette formule que « vouloir substituer au principe de l'indépendance de la volonté, un autre, ce serait faire table rase du développement historique de l'action *de in rem verso* » (1).

Les affirmations de M. Possa n'ont point besoin d'être longtemps critiquées pour voir le chemin des lourds errements sur lequel il s'est laissé aller.

Il est bien entendu que tel soit le résultat de son raisonnement si, dans ses recherches, il étudie, comme il nous semble, le droit, la science juridique, en elle-même, les séparant complètement de tout^e autre doctrine scientifique avec laquelle elle se trouve en rapport perpétuel.

Et il est naturel que telles soient ses conclusions s'il envisage le droit comme un amalgame de principes, comme un ensemble de lois et de règles qui n'ont subi dès leur naissance et jusqu'à nos jours aucune modification, qui

(1) Possa, *op. cit.*, p. 152.

ont eu dès le premier abord et ont su garder exactement le même développement que de nos jours.

Ce serait comme un processus qui, né avec certaines qualités, n'a jamais su les modifier, les élargir, les vivifier et qui, par contre, s'est contenté plutôt de garder de nos jours une sorte de léthargie, inhérente aux institutions d'il y a cent ans.

Mais, si l'on agissait de cette façon, on aboutirait en fin de compte de ne trouver aucune raison d'être à tout le mouvement jurisprudentiel, à tout le développement d'idées qui ne font, somme toute, que corroborer pour le mieux à l'œuvre législative, souvent incomplète — et on en a la meilleure preuve avec l'institution de l'enrichissement sans cause qui n'est pas réglementée par le Code civil français, — souvent aussi par trop rigide.

En effet la question se présente tout autrement si on l'envisage sous un autre aspect, sous le véritable aspect, tel que l'ont fait M. Saleilles dans un article déjà cité, M. Demogue dans toute son œuvre et M. Picard dans son remarquable article paru en 1921, sous l'aspect dont — modestement — nous avons tâché pour notre part de fixer les traits caractéristiques.

Regardée sous cet aspect-là, c'est-à-dire envisager le droit en rapport avec les autres sciences sociales et surtout ne point le considérer sous une lumière trop individualiste, c'est bien entendu suivre la bonne voie et en même temps arriver à des conclusions qui seraient plus à même de répondre aux exigences de la vie en commun.

Nul doute que M. Possa, apportant cette critique, s'est fondé sur la lettre du Code civil, sur l'esprit essentiellement individualiste qui se trouve être à la base de l'œuvre de 1804.

[Mais, depuis lors, il y a des changements qui se sont produits sans cesse, des changements demandés à chaque instant par la loi du progrès et pour le bien-être des individus.

[Vivant en société, attachés les uns aux autres par une puissante solidarité en vue d'atteindre un maximum d'idéal forgé par eux-mêmes, liés par une communauté d'intérêts, tous les individus sont appelés à faire des concessions au groupement social, et chaque être, pris à part, doit savoir se plier aux besoins communs.

Voilà par conséquent combien, par des petites étapes, nous sommes aujourd'hui éloignés des conceptions trop austères qui nous guidaient en 1804.

Eh bien le droit, strictement lié à la société, car c'est pour elle qu'il est fait et parce que c'est elle qui le forge, en établissant la ligne directrice des principes encadrés après dans le moulage d'une formule juridique, ce droit doit se mouvoir en quelque sorte, il doit suivre pas à pas les fluctuations de la société humaine.

Et alors, nous ne serons plus étonnés quand on verra que des règles bien assises, parce que insérées dans les textes du Code, sont l'objet d'empiétements de la pratique journalière qui en met d'autres à la place des premières.

Nous ne serons plus du tout étonnés, comme M. Possa, quand on verra que, tout en respectant la volonté individuelle, son caractère ferme, sa majesté, on peut toutefois passer au-delà d'elle, la transgresser, et accorder dans certaines circonstances encore plus de force au principe de l'interdépendance des volontés, principe à peine ébauché, à mesure que la vie en société a pris une tournure tout inconnue en 1804.

Enfin, une dernière critique que M. Possa adresse à la

conception de M. Demogue, c'est que la théorie de M. Demogue ouvre le chemin à une nouvelle source d'obligations, la quatrième selon la liste que dresse M. Possa, à savoir la volonté ou le fait d'autrui.

C'est bien là une objection qui ne peut pas nous retenir. En effet, la vie en société est par elle-même suffisamment compliquée. Les lois que les humains se forgent pour pouvoir y correspondre, ces lois étant le miroir de la société et devant satisfaire aux exigences de cette vie, n'en sont pas moins complexes.

Il est dès lors de toute évidence que si l'on peut simplifier les choses et les rendre plus souples, il ne faut pas hésiter.

Le résultat sera qu'il y aura en droit des parties où le domaine sera défriché plus facilement que dans d'autres.

Si les nécessités communes, traduites sur le terrain des idées par quelques esprits illuminés, ont établi d'abord comme sources des obligations un nombre limité à trois ou quatre et si les mêmes nécessités, subissant seulement une déformation sociale — née de la vie, telle qu'elle se présente actuellement — établissent aujourd'hui une source de plus, c'est que cette source-là répond à un besoin impérieux de commodité, de simplicité.

Il est dès lors tout naturel qu'on ne soit pas lié à tel système et qu'on en critique tel autre, uniquement parce que le critérium du premier répond à une tradition en quelque sorte acquise.

C'est pour ces diverses raisons que nous repoussons les objections que présente M. Possa à la théorie très ingénieuse de M. Demogue.

La question qui présente beaucoup de difficulté pour

savoir quel est au juste le fondement de l'*in rem versum*, est celle de rechercher si on se trouve, lorsqu'on parle de l'enrichissement sans cause, sur le terrain délictuel ou quasi-délictuel, comme M. Planiol l'a soutenu dans son article sur la classification des sources des obligations de 1904 ou bien si on reste toujours sur le terrain quasi-contractuel.

Comme nous l'avons indiqué, MM. Ripert et Teisseire soutiennent qu'il y a une impossibilité complète d'assimiler des obligations entre lesquelles il y a des différences fondamentales.

Dire que l'obligation délictuelle et l'obligation née d'un enrichissement sans cause ont une même source, une même nature, un même fondement et tout de même leur donner des effets différents sur le terrain pratique, c'est, selon ces auteurs, une conception doctrinale sans aucune portée réelle.

Cette identité de résultats qui existe pour M. Planiol — l'obligation de réparer le dommage causé — est inexistante pour MM. Ripert et Teisseire.

En somme, disent-ils, s'il n'y avait aucune distinction entre les obligations nées d'un enrichissement et celles nées d'un délit, on devrait trouver des termes et des conséquences identiques aux deux sortes d'obligations.

C'est là, et nous en avons déjà parlé, une conception très juste.

On devrait réellement voir un auteur responsable, la personne enrichie ; une victime, l'enrichisseur ; un dommage, le préjudice subi par la victime.

Ce sont des éléments qu'on trouve dans les deux hypothèses.

Mais, à partir d'ici, des différences se présentent sur le terrain des faits.

En effet, dans un délit pur et simple, l'auteur du préjudice doit le réparer intégralement. Par conséquent, dans le cas d'un enrichissement sans cause, le préjudice, c'est-à-dire l'appauvrissement, suivant la règle admise en matière délictuelle, devrait être recouvert dans son ensemble.

Or, conformément à une conception qui a su gagner du terrain tant en doctrine qu'en jurisprudence, conception pour notre part très critiquable, on calcule la condamnation non pas sur ce dont la victime est privée, mais sur la valeur dont profite l'enrichi et qui subsiste au moment où l'action est intentée.

De sorte que la différence entre les deux sommes en question : l'appauvrissement subi et l'enrichissement procuré, peut être très importante.

C'est dès lors très imprudent de mettre sous une même égide, sur un même terrain — le terrain délictuel — des institutions qui varient tellement quant aux conséquences qu'on est d'accord à leur reconnaître.

Comme d'autre part M. Planiol reconnaît lui-même que la moralité de l'agent n'est d'aucune considération, que ce n'est pas l'intention, mais le résultat que la loi envisage : le dommage causé et l'obligation de le réparer. MM. Ripert et Teisseire aboutissent à cette conclusion qui « s'impose irrésistible : »

« Il ne reste donc qu'une explication logiquement possible ; c'est que ces deux actions n'ont pas même cause, n'ont pas même nature ».

M. Planiol, disent-ils, « mû par le désir de grouper en une seule classe les obligations nées de la responsabilité et de l'enrichissement sans cause a pensé qu'il suffisait

de mettre en relief les idées de lésion, d'état contraire au droit, qui leur sont communes.

En fait ces notions, comme la notion d'équité elle-même, sont trop vagues et trop générales, pour servir de base à un groupement scientifique qui résiste à l'analyse » (1).

Quel est alors, pour MM. Ripert et Teisseire, le fondement qu'ils assignent à l'*actio de in rem verso* ?

Pour trouver une solution qui leur paraisse acceptable et qui, selon eux, soit capable de parer aux inconvénients nombreux de la théorie de M. Planiol, ils prennent en quelque sorte le contrepied de cette théorie.

Ils n'attachent par conséquent attention qu'au fait de l'enrichisseur et pas du tout au fait de l'enrichi.

M. Planiol fait reposer tout sur la notion de faute — le fait ne nous étonne point si on envisage l'institution de l'enrichissement sans cause sur le domaine délictuel — et cette faute est toute imputable à l'enrichi.

Pour lui l'enrichissement sans cause se ramène au quasi-délit, et c'est le fait de l'enrichi qui est de première importance.

En effet, c'est la violation d'une obligation préexistante qui fait naître l'action de *in rem verso*.

L'obligation consistait pour l'enrichi dans le fait de ne pas accepter un gain injuste et surtout, s'il l'a déjà accepté, de ne pas conserver ce qu'il acquiert injustement.

Mais, déplaçant « le centre de gravité de la théorie », MM. Ripert et Teisseire estiment que c'est le fait de l'enrichisseur qui constitue la source de l'obligation qui pèse sur l'enrichi.

(1) Ripert et Teisseire, *op. cit.*, p. 753, de la *Revue trimestrielle de droit civil* de 1904.

De quelle manière ? Tout simplement en faisant application d'un principe qui n'est en effet que le corollaire, le contrepied nécessaire d'une théorie presque unanimement acquise, la théorie du risque.

Qui crée le risque, doit le supporter ; et parricochet, qui crée le profit, doit en bénéficier.

Chacun est responsable de ses agissements et pour chaque action humaine, celui qui agit doit supporter toutes les conséquences de son acte.

Dès lors si, par son propre fait, quelqu'un peut être tenu de tout ce qui s'attache directement et même indirectement à ce fait, il est de toute évidence qu'il doit faire tourner à son profit tous les bénéfices, toutes les conséquences heureuses de ses agissements. Et alors, envisagé à ce point de vue, du côté de l'enrichisseur, le fondement de l'action *de in rem verso*, n'étant plus dans la violation d'une obligation légale, n'a plus rien d'illicite.

Certes, nous ne pouvons pas admettre la solution de M. Planiol, car si on plaçait véritablement l'enrichissement sans cause sur le terrain délictuel, on devrait, dans le cas de tout enrichissement produit à la suite d'un appauvrissement — données entre lesquelles il y aurait une relation de cause à effet — attribuer à l'appauvri, exactement comme dans le cas d'un délit à la victime d'un dommage subi, la réparation totale de son appauvrissement.

Or, nous le savons bien, il n'en est rien de tout cela. L'appauvri n'obtient que ce qu'il reste de l'enrichissement au moment où l'action est intentée.

La chose est très critiquable et nous y reviendrons par la suite. Disons seulement pour le moment que nous ne pouvons pas accepter la solution de M. Planiol, à cause des différences qui subsistent sur le terrain pratique entre

les effets, les suites d'un enrichissement sans cause et celles d'un délit ; que, pour notre part, nous estimons que la réparation de l'appauvrissement devrait être intégrale ; enfin que, même si la réparation est intégrale, on ne peut pas parler d'un fondement délictuel, car si dans le cas du délit le fondement de la responsabilité est bien l'idée de faute, dans le cas d'un enrichissement sans cause, le fondement de l'*in rem versum* ne puise son existence que dans l'idée d'équité naturelle.

Par là même, nous éloignant du terrain délictuel ou quasi-délictuel, nous ne faisons que nous rapprocher du terrain quasi-contractuel, où on voit surgir un même fondement juridique : l'équité naturelle, à l'action qui sanctionne le quasi-contrat type, la gestion d'affaires.

Seulement, si nous ne pouvons pas accepter les conséquences de la théorie de M. Planiol pour les raisons indiquées, nous ne sommes pas non plus d'accord avec le résultat que MM. Ripert et Teisseire veulent tirer de la théorie qu'ils envisagent.

Ils disent notamment :

« La conséquence pratique en est que la condamnation se mesure en principe sur l'enrichissement procuré et non plus sur la lésion soufferte, sur l'appauvrissement (1). »

Dans l'hypothèse de M. Planiol, on trouve la source de l'obligation de l'enrichi dans son fait à lui, dans une faute qui lui incombe.

Mais il nous semble en effet que, même si le fait de l'enrichisseur vient en première ligne, comme dans la théorie de MM. Ripert et Teisseire, le résultat pratique ne change point.

(1) Ripert et Teissère, *op. cit.*, p. 758.

Dans ce cas-là, on trouvera la source de l'obligation de l'enrichi dans la théorie du profit créé par un tiers, profit qui doit retourner entre les mains de celui qui l'a procuré, parce que si au lieu de ce profit, il n'y avait que des dépenses restées toutes stériles, c'est toujours celui qui les a faites qui encourrait les risques de ne point pouvoir les récupérer.

Les conclusions pratiques sont les mêmes dans l'une comme dans l'autre des hypothèses et il ne résulte nullement de la théorie de MM. Ripert et Teisseire pourquoi, si le profit a disparu pour une cause quelconque du patrimoine de l'enrichi, l'action *de in rem verso* ne subsiste plus, ce qui, à notre avis, constitue le grave tort.

En effet, si le bénéfice ne subsiste plus, il n'y a aucune raison pour que l'*actio de in rem verso* disparaisse, elle aussi.

Et c'est là un point sur lequel la théorie de MM. Ripert et Teisseire n'apporte point plus d'éclaircissement que celle de M. Planiol.

Nous ne savons pas quel est le raisonnement qui les conduit à cette conclusion que la condamnation pécuniaire se mesure sur l'enrichissement, sur le profit créé.

En tout cas sur le terrain pratique, il ne s'en suit aucune différence entre ces deux conceptions divergentes; cela parce qu'il y a un principe admis par les deux théories et qui reste sans aucune justification, c'est bien le principe suivant lequel l'appauvri ne se verra en possession de ses déboursés que s'il peut les récupérer sur le bénéfice réel qui vient augmenter le patrimoine de l'enrichi.

Pour notre part, nous considérons que l'objection vraiment importante qu'on peut adresser à la théorie de M. Planiol nous est fournie par la nature même qu'il assigne à l'institution de l'enrichissement sans cause.

S'il s'agit réellement d'un délit ou d'un quasi-délit, pourquoi l'enrichi ne serait-il responsable que limitativement, c'est-à-dire dans la mesure seulement où l'enrichissement, le profit qu'un tiers lui a créé, subsiste ?

Et pourquoi ne fait-on pas application très large du principe qui domine la matière de la responsabilité et selon lequel on est obligé de réparer dans son ensemble le tort commis, sans faire aucune distinction entre la question de savoir s'il y a eu intention de nuire ou s'il s'agit uniquement d'une simple imprudence ?

Et puis, passant à la théorie de MM. Ripert et Teisseire, ne pourrait-on pas faire une même objection, tirée cette fois-ci non plus du caractère délictuel de l'institution, mais tout simplement de la règle d'éternelle équité ?

MM. Ripert et Teisseire admettent bien en somme qu'il y a une obligation qui pèse sur l'enrichi, obligation créée par le fait de l'enrichisseur, par le profit que celui-là lui a procuré et qu'il serait injuste de garder.

Ils se contentent de dire que, envisagée de cette manière, ne s'appuyant nullement sur un fait lésif, la conséquence est que la condamnation ne se mesure pas sur l'appauvrissement.

On a beaucoup de peine à accepter pareille conclusion, parce que, en effet, l'équité s'y oppose.

Et si, dans l'hypothèse envisagée par M. Planiol, le caractère délictuel de l'enrichissement ne peut pas être pris en considération, ne peut pas fournir de fondement sérieux à cette institution à cause des différences qui surgissent sur le terrain pratique entre la réparation totale d'un délit et la réparation conditionnée de l'appauvrissement, la théorie de MM. Ripert et Teisseire ne peut non plus être considérée comme satisfaisant toutes les exi-

gences, parce que les deux auteurs n'aboutissent non plus à faire valoir les droits de l'appauvri à l'encontre de l'enrichi et en dépit de toute perte éventuelle du bénéfice.

Il y a là pour nous un principe étroitement lié à la notion de l'enrichissement sans cause, un principe dicté par la règle naturelle de l'équité et qui fait partie intégrante de l'institution de l'enrichissement sans cause, elle-même née de l'équité.

Et dès lors, qu'on envisage l'action *de in rem verso* comme une action en réparation de dommage subi, ainsi que M. Planiol l'a fait, ou qu'on l'envisage en tant qu'action en réclamation de valeur créée, telle que l'ont fait MM. Ripert et Teisseire, dans les deux cas il reste un point obscur à élucider, la question de savoir pourquoi apporte-t-on des limitations au droit de l'enrichisseur, pourquoi ne peut-il exercer l'action que dans la mesure où l'enrichissement subsiste.

D'ailleurs M. Ripert trouve lui-même que la théorie qu'il présente n'est point à l'abri de toutes critiques ; et tout en réfutant celles qui lui sont faites par les divers auteurs, il lui apporte lui-même une critique qui lui paraît plutôt s'imposer.

Les divers auteurs qui se sont occupés de la question ont opposé leur veto à la théorie de MM. Ripert et Teisseire parce que, disaient-ils, elle participait, telle que les dits auteurs la présentent, au caractère aventureux de la théorie du risque et ne tenait pas compte de l'organisation technique de l'action *de in rem verso* (1).

Ces arguments ne sont point décisifs.

En effet, et M. Ripert l'a très justement remarqué, si on

(1) Ripert G., *La règle morale dans les obligations civiles*, p. 264.

peut défendre telle opinion ou telle autre parce que les arguments qui constituent son fondement sont péremptoirs, on ne peut nullement dénoncer l'insuffisance, voire même la fausseté d'une opinion parce qu'elle repose sur une thèse qui n'a pas de cours légal.

Il se peut fort bien que la théorie du risque soit l'objet des critiques tellement vives de la part de certains auteurs, qu'ils arrivent à lui nier toute efficacité, toute force créatrice.

Mais, comme personne ne peut se dire avoir le monopole du bon sens dans le domaine fort raffiné de la logique juridique, il serait peut-être trop audacieux de critiquer une thèse uniquement parce qu'elle s'appuie sur une théorie dont l'existence ou la véracité font pour certains juristes l'objet d'un doute.

Aujourd'hui d'ailleurs la théorie du risque est presque unanimement admise, de sorte que les objections tirées de ce fait et apportées à l'opinion de MM. Ripert et Teisseire n'auraient plus de raison d'être du moment qu'elles tirent leur existence de la négation d'un concept acquis par la pensée juridique de notre époque.

En ce qui concerne l'organisation de l'action *de in rem verso*, le principe de base de cette action, il nous semble qu'on ne peut nullement soutenir que la théorie de MM. Ripert et Teisseire ne tient pas compte de cette organisation.

[En effet, cette organisation est établie en quelque sorte par une pratique traditionnelle. Il y avait un principe qu'on a admis sans peut-être se rendre compte de toute sa gravité.

Pourquoi consacrerait-on, en somme, si ce n'est que pour respecter une tradition acquise, cette double règle de base de l'*in rem versum*, selon laquelle on ne peut jamais obtenir

plus que l'appauvrissement et jamais demander plus que l'enrichissement subsistant au moment où l'action est intentée ?

C'est là, selon nous, un point défectueux et c'est là la pierre d'achoppement de tout le problème.

Car si, au lieu de tenir compte de tout le mouvement jurisprudentiel et doctrinal et de la diversité de spéculations qu'il fait naître, de l'embarras sans cesse grandissant dans lequel se trouve le magistrat devant les espèces juridiques particulières, on se laissait guider uniquement par cette idée qu'il faut simplifier autant que possible les rapports sociaux et qu'il faut éviter toute complication, on écarterait bien souvent le danger de se trouver devant des solutions parfois iniques parce que, quoique correspondant à des règles juridiques bien assises, elles sont tout de même incompatibles avec l'organisation économique et sociale d'aujourd'hui.

Il serait, par contre, extrêmement utile de pouvoir arriver à cette solution très simple et qui nous paraît très logique, solution suivant laquelle l'*actio de in rem verso* pourra être exercée avec toute son efficacité, même abstraction faisant du fait que, peut-être, le profit n'existe plus au moment où l'action est intentée

Et, comme nous envisageons chaque question uniquement par rapport au milieu social et aux répercussions que ce milieu exerce, comme nous sommes totalement réfractaires au système qui consisterait à étudier un problème juridique sous un angle purement individualiste, nous dirions volontiers qu'il faut, non seulement ne prendre aucunement en considération l'absence ou l'existence de l'enrichissement au moment de l'action, mais plus encore qu'il faut, si l'enrichissement dépasse l'appauvrissement,

partager la différence des deux quotités en présence entre l'enrichi et l'appauvri.

Cette conception ne demanderait pas trop d'argumentation pour arriver à lui consacrer sa validité au point de vue logique.

En effet, il suffit de s'imaginer deux personnes en présence, dont l'une, tout en gardant une certaine passivité, voit d'un coup augmenter la valeur de son patrimoine, uniquement grâce à l'activité déployée par l'autre.

Si on ne peut pas faire valoir un élément intentionnel, un *animus gerendi* chez l'enrichisseur — et nous savons qu'on est fort embarrassé de pouvoir le discerner, sauf dans des hypothèses par trop évidentes — on peut à juste titre se demander pourquoi l'activité d'une personne profiterait uniquement à un tiers et ne serait d'aucune utilité pour elle-même, pour celle qui l'a développée, alors que c'est elle qui devrait être en réalité le véritable bénéficiaire.

Il y a en effet, comme l'a très justement remarqué M. Demogue, plusieurs systèmes pour calculer et partager l'enrichissement (1).

Nul doute — nous devons immédiatement l'indiquer — la façon dont est établie actuellement l'organisation technique de l'*actio de in rem verso*, la base d'où l'on part aujourd'hui pour calculer et mesurer d'une part l'enrichissement, d'autre part l'appauvrissement, n'est point à l'abri des critiques.

Nous l'avons d'ailleurs démontré et nous ne pouvons que revenir sur ce point ; car il nous semble pour notre part, que s'il faut établir encore à l'heure actuelle une

(1) Demogue R., *Traité général des obligations*, t. III, p. 132 et suiv.

différence entre la gestion d'affaires et l'enrichissement sans cause, c'est uniquement en raison des deux actions : l'*actio negotiorum gestorum contraria* et l'*actio de in rem verso*, qui sanctionnent les deux institutions et qui sont organisées différemment.

Autrement la gestion d'affaires n'a plus de raison d'exister aujourd'hui en tant qu'institution complètement séparée de l'enrichissement sans cause.

La parenté et l'assimilation entre ces deux institutions est grande à tel point qu'il faut vraiment en établir une fusion complète.

En effet, l'intention, élément qui a donné lieu à tant de discussions tant en doctrine qu'en jurisprudence, élément auquel le Code Napoléon fait allusion et que le projet franco-italien sur les obligations sous-entend, cet élément, avons-nous dit, ne doit pas être trop pris en considération et ne doit pas par sa complexité empêcher le progrès juridique dans cette matière.

La jurisprudence française a, elle-même, tout le temps varié quant à la nécessité de cet élément.

Ainsi, comme nous en avons déjà parlé, la Cour de cassation a dit dans son arrêt de 1890, que le locataire qui élève sur le terrain loué des constructions qu'il croyait devoir lui appartenir et dont le propriétaire se trouve seul profiter, doit être considéré comme ayant réellement, quoique involontairement, géré l'affaire du propriétaire (1).

Dans une autre espèce, en 1919, la Chambre civile s'est prononcée justement en sens contraire.

Un éditeur, croyant être le propriétaire de diverses œuvres littéraires, en assure l'exploitation pour son

(1) Chambre des requêtes, 16 juillet 1890, S. 1894.1.94.

propre compte. Plus tard on établit judiciairement que ce droit ne lui appartient pas. Il pense alors demander une indemnisation pour la « gestion utile » de ces œuvres, gestion accomplie par lui pour le compte des véritables propriétaires, dans l'espèce pour le compte des héritiers de l'auteur.

Mais la Cour de cassation déboute le demandeur de sa demande pour la bonne raison qu'en exploitant les œuvres littéraires, il n'avait pas eu l'intention de gérer l'affaire d'autrui, qu'il avait agi uniquement dans son intérêt personnel (1).

En voilà donc deux hypothèses où l'on peut remarquer aisément comment la jurisprudence a pu changer dans un laps de temps relativement court.

Par conséquent, conformément à la dernière jurisprudence et aussi conformément à la conception dominante des auteurs du projet franco-italien sur les obligations, il faut vouloir et avoir l'intention de travailler pour autrui pour pouvoir se trouver sur le domaine de la gestion d'affaires, tandis que, pour l'enrichissement sans cause, cette condition n'est pas nécessaire.

Bien souvent, en effet, quelqu'un se trouve enrichi par le fait d'un tiers sans que ce tiers ait voulu faire bénéficier un autre de son activité.

Mais nous avons déjà montré notre façon de voir, en disant que l'intention n'est pas un élément prédominant dans la gestion d'affaires, qu'au delà de cette intention il faut envisager le résultat final, l'enrichissement procuré, et cela à n'importe quel moment.

En effet, si l'on admet qu'on se trouve sur le terrain

(1) Chambre civile, 25 juin 1919, *Gaz. Trib.*, 8 décembre 1919.

de la gestion d'affaires lorsqu'on a géré l'affaire d'autrui, croyant faire sa propre affaire — et il y a bien une tendance à admettre aujourd'hui ce principe — on peut dire qu'on empiète sur le domaine de l'enrichissement sans cause.

« Ainsi comprise, la gestion d'affaires se rapproche sensiblement de l'action *de in rem verso*, au point qu'il est parfois difficile de les distinguer l'une de l'autre (1). »

En somme, l'élément intentionnel, encore très peu visible, constituerait l'unique différence entre la gestion d'affaires et l'enrichissement sans cause.

Malgré cette différence, remarque très justement M. Otetelisanu dans une étude critique du projet franco-italien sur les obligations, on ne peut pas nier que la gestion d'affaires est un chapitre, exactement comme le paiement de l'indû, de la grande théorie de l'enrichissement sans cause, car dans les deux cas il s'agit toujours d'un enrichissement réalisé par le propriétaire ou par celui qui a reçu l'indû, enrichissement dépourvu de toute cause et qui se traduit par un appauvrissement de celui qui a géré l'affaire d'autrui ou qui a payé ce qu'il ne devait pas.

Et à M. Otetelisanu de dire : « D'après notre opinion, nous considérons que ç'eût été mieux de ne pas présenter la gestion d'affaires, le paiement de l'indû et l'enrichissement sans cause comme trois sources d'obligations, entre lesquelles il n'existe aucun rapprochement. Ce n'est pas scientifique de les séparer et ce n'est pas non plus utile au point de vue pratique, car on pourrait plus facilement résoudre les différentes espèces qui se présente-

(1) Colin et Capitant, *Manuel élémentaire de droit civil français*, t. II, p. 720, 5^e éd.

raient en partant de certaines règles générales et de constructions synthétiques (1). »

C'est, comme on peut facilement le voir, un des points pour lesquels nous avons à notre tour proclamé la nécessité de la fusion entre ces institutions.

Pour éviter les fluctuations permanentes de la jurisprudence et pour ne point mettre le magistrat en embarras — ne sachant jamais si, dans telle espèce particulière, il doit accorder la *versio in rem* ou bien la *contraria*, actions dont les effets sont tellement différents — il faut savoir ne pas se laisser retenir par l'importance, dont on exagère par ailleurs la portée, de cet élément de fait — l'intention — et il faut proclamer l'union complète des deux institutions juridiques dont nous parlons.

Un autre point qui, peut-être, pourrait nous empêcher de continuer sur la voie que nous avons tracée, c'est celui suivant lequel le domaine de la gestion d'affaires serait infiniment plus réduit que celui de l'enrichissement sans cause.

En effet, quand il s'agit d'un enrichissement sans cause, on englobe dans la sphère de ce mot tous les actes susceptibles d'accroître la valeur du patrimoine d'autrui, sans faire aucune distinction entre ces actes et avec cette condition *sine qua non* que ces actes produisent — par ricochet — un appauvrissement du patrimoine du demandeur.

L'action de *in rem verso* qui sanctionne l'enrichissement

(1) Otetelisanu Alex., *Studiu critic asupra proiectului de lege intitulat Codul Obligati unilor si contractelor*, p. 161, Bucarest, 1931.

sans cause a une base beaucoup plus large ; elle vise même le cas d'enrichissement fortuit.

Or, en ce qui concerne la gestion d'affaires, il y a certains auteurs qui, comme M. Alfred Michel, estiment qu'il ne suffit pas que l'acte que l'on fait pour autrui soit utile, avantageux et licite.

« Il faut que cet acte ait rapport à l'administration, à la conservation d'un bien appartenant au maître et rentre dans une certaine catégorie d'actes que nous classons sous la rubrique d'actes d'administration (1). »

A l'appui de son opinion, M. Michel fait appel à l'autorité de Demolombe qui, partant de l'idée générale que gérer signifie administrer, estime que la gestion d'affaires ne s'applique qu'aux actes d'administration.

En effet, s'il est opportun d'inciter les tiers de venir en aide à des amis absents pour les actes urgents et usuels, il serait déraisonnable de leur donner le droit de s'immiscer dans les affaires d'un autre, quant à la disposition de ses biens.

Et de même que M. Michel, il y a d'autres auteurs qui soutiennent que la gestion d'affaires doit se borner uniquement à l'administration du patrimoine d'un tiers. C'est ainsi que M. Naquet, dans une note sur un arrêt de la Cour de cassation en date de 1910, s'attache à cette conception traditionnelle que quelques auteurs soutiennent encore, suivant laquelle la gestion d'affaires ne peut avoir pour objet que des actes d'administration.

Il part de la même idée que Demolombe, à savoir le sens traditionnel et grammatical du mot « gérer » qui, semble-t-il, est synonyme du mot « administrer », et il

(1) Michel Alfred, *De la gestion d'affaires en droit romain et en droit français*. Thèse, Caen, 1883, p. 89.

arrive à cette conclusion qu'il faut en principe, pour qu'on se trouve sur le terrain de la gestion d'affaires, que les actes accomplis par un tiers sans mandat se réfèrent à l'administration des biens du géré (1).

Nous ne partageons point la conception de ces auteurs. Il paraît en effet, d'après ces opinions, que le fondement de la gestion d'affaires est beaucoup moins important que celui que nous avons signalé. Car il nous semble que c'est diminuer de beaucoup le rôle social de la gestion d'affaires que de dire que cette institution est basée sur l'idée d'administration du patrimoine d'un absent.

Et comme, d'une part, l'article 1372 du Code civil français, ne pose nullement une pareille règle, tout en formulant le principe de la gestion d'affaires ; comme, d'autre part, elle n'apparaît pas comme un impératif qui s'imposerait à notre raisonnement, nous ne partageons ni l'avis de M. Michel, ni celui si qualifié de Demolombe ou de Naquet, et nous croyons que ni l'esprit de la loi, ni le droit romain n'exigent une semblable condition.

Bien au contraire, nous estimons que, sans aucune distinction, le gérant d'affaires est appelé à faire tous les actes qui, d'après lui, sont nécessaires et utiles pour maintenir la valeur du patrimoine d'autrui ou pour lui apporter une plus-value (2).

(1) Naquet, note sous Cassation, 20 décembre 1910, S. 1912. 1.305-307.

(2) Demogé R., *Traité général des obligations*, t. III, p. 23 ; Josserand L., *op. cit.*, t. II, p. 782, 0^e éd. ; Colin et Capitant, t. II, p. 720, 5^e éd. ; Picard M., *op. cit.*, p. 15 ; Planiol et Ripert, t. VII, p. 11.

Il y a aussi de très nombreuses décisions jurisprudentielles par lesquelles on peut facilement remarquer qu'on peut faire application des règles de la gestion d'affaires quels que soient les actes accomplis par le demandeur à l'action ; par conséquent, ces différents actes ne sauraient point se grouper sous la seule égide des

Il doit faire tous les actes qu'il est vraisemblable que le maître aurait faits lui-même s'il eût été présent ou s'il eût été à même de les accomplir.

Et on n'exigera de la part du gérant qu'une seule chose, celle d'apporter tous les soins, toute sa diligence, de se comporter en bon père de famille.

Du reste, il ne faut pas, d'après nous, faire de distinction entre les agissements du gérant ; qu'il fasse des actes de pure administration, ou des actes d'aliénation, peu importe. Et la question qui sera laissée à l'appréciation des tribunaux ne sera pas celle de savoir si tel acte constitue ou non par lui-même un acte de gestion d'affaires, mais seulement si, en accomplissant tel acte, le gérant y a apporté toute son attention.

Par conséquent, pour nous, un acte de gestion peut être aussi bien un acte de disposition qu'un acte d'administration.

On peut voir, par ailleurs, dans ce sens un arrêt de la Cour de cassation en date du 8 mai 1911 (1).

Il s'agissait de ces actes de disposition qui ont le caractère des actes conservatoires. On a reconnu ainsi le droit à un administrateur d'une banque de vendre certains titres appartenant à un client de la banque pour en dégager d'autres qui étaient entre les mains d'un agent de

actes d'administration ; de sorte que nous pouvons relever la remarque de MM. Planiol et Ripert suivant laquelle il suffit de pouvoir invoquer un enrichissement sans cause.

A l'ombre de cette idée, tous les actes que ferait quelqu'un par rapport au patrimoine d'autrui constitueraient des cas de gestion d'affaires. Voir en ce sens : Aix, 20 décembre 1888, S. 1890.2.25 avec une note de M. Naquet (dans cette espèce particulière il s'agit d'un cas de gestion morale, dont nous parlerons par la suite) ; Trib. Espalion, 27 novembre 1925, *Gaz. Pal.*, 1926.1.119 ; Besançon, 15 juillet 1874, S. 1875.2.9 ; Req., 28 février 1910, *D. P.*, 1911.1.137 avec une note de M. Dupuich, etc...

(1) Cour de cassation, 8 mai 1911, D. 1913.1.460.

change acheteur, car l'agent de change a le droit de retenir les titres qui ne lui sont pas payés et de vendre ceux dont livraison n'est pas prise.

C'est ainsi qu'il nous semble qu'il faut poser le problème de la gestion d'affaires surtout si l'on a présent en mémoire le principe que c'est bien l'équité naturelle qui a fait naître dans les esprits la nécessité d'une réglementation de cette institution et si l'on veut faire ressortir sa grande utilité sociale.

Voilà donc que sur ce point encore le rapprochement entre la gestion d'affaires et l'enrichissement sans cause peut se faire sans danger, la sphère d'application des deux institutions étant, selon nous, d'une étendue parfaitement similaire.

Ajoutons en troisième lieu que la véritable raison qui a su gagner du terrain dans la pensée des jurisconsultes romains, pour mettre au point de vue pratique le fondement juridique de l'institution de gestion d'affaires, cette raison ne peut plus exister de nos jours et, en tout cas, si, en vertu de la tradition et peut-être aussi du développement relativement lent de la civilisation, on voulait la laisser dominer, elle ne pourrait pas se présenter avec la même acuité.

Sa force d'argumentation serait presque insignifiante aujourd'hui.

N'oublions pas, en effet, qu'à Rome la gestion d'affaires, comme toute institution juridique, n'apparaît que comme le résultat d'une nécessité sociale.

Imbu du même sens d'équité naturelle et d'utilité sociale que le jurisconsulte moderne, le jurisconsulte romain n'a fait que concrétiser sur le terrain pratique les besoins

communs par la création de certaines institutions dont la réglementation puisse subvenir à ces besoins mêmes.

La gestion d'affaires est bien cette institution utile grâce à laquelle les biens de certaines personnes, des absents — avant et surtout — ne sont pas laissés à la merci de tout envahisseur.

La fortune de telle personne, obligée de s'absenter un laps de temps plus ou moins long, pouvait complètement disparaître, périr, s'il n'y avait pas cette gestion des affaires d'autrui, établie de bonne heure par les jurisconsultes romains.

C'est donc surtout pour gérer, pour administrer les biens des absents, que cette institution apparaît avec son caractère social.

Et ce n'est que plus tard, par une extension en quelque sorte de son domaine d'application, que la gestion d'affaires se voit élargir sa sphère, en multipliant les hypothèses où quelqu'un peut étendre son activité et s'immiscer dans le patrimoine d'autrui.

Mais cette raison, la gestion des biens des absents, tellement éloquente à l'apparition même de la gestion d'affaires, ne peut plus subsister de nos jours, ou bien, si l'on préfère, son caractère n'est pas tout aussi péremptoire.

En effet, dans le ^{xx}^e siècle, avec le mouvement sans cesse grandissant vers l'évolution progressive de la civilisation, on ne peut plus parler des cas d'absence tellement prolongée que les affaires de ceux qui sont obligés de s'absenter risquent de mal tourner et que leurs biens risquent de périr faute de soins réguliers.

Quelqu'un qui sait qu'il va falloir s'absenter, peut et doit prendre toutes les mesures nécessaires pour que la

marche normale de ses affaires ne soit pas interrompue du fait de son absence.

Mais, comme on ne peut jamais tout prévoir, si des circonstances défavorables surviennent sans s'y être attendu, grâce aux moyens dont on dispose aujourd'hui, on peut relativement assez vite reprendre la direction de ses affaires et faire de son mieux pour éviter les pertes éventuelles qu'une absence plus longue aurait pu causer.

Ce n'était nullement de la même façon que les choses se passaient du temps des romains.

De sorte qu'on peut dire que la véritable raison, la vraie cause qui se trouve être à la base de cette institution de gestion d'affaires, est aujourd'hui en voie de disparition.

C'est là un motif de plus pour ne pas s'acharner trop à cette notion de gestion d'affaires et pour favoriser le rapprochement et la fusion de cette institution à celle de l'enrichissement sans cause dont elle n'est, en effet, qu'un aspect particulier, une hypothèse semblable à toutes les autres et qui ne garde une dénomination à part qu'en vertu d'une tradition vieillie.

Si enfin on pense en dernier lieu au fondement des deux actions qui sanctionnent l'enrichissement sans cause et la gestion d'affaires, on est obligé de reconnaître que ce fondement est toujours le même.

Nous avons montré la base juridique que la jurisprudence accorde à l'*actio negotiorum gestorum contraria* et à l'*actio de in rem verso*.

Et de même nous avons vu l'opinion de quelques auteurs de grande renommée concernant le rôle que l'équité est appelée à jouer dans la matière de l'enrichissement sans cause.

Ajoutons à tout cela que, si on lit attentivement une étude relativement récente sur cette question, due à M. Rouast, on voit — d'après les observations critiques que M. Rouast fait concernant l'institution de l'enrichissement sans cause — que ledit auteur attache le fondement de cette institution à la notion d'équité, au droit naturel, indispensable à la vie juridique, car constituant la base d'une partie des décisions de justice.

M. Rouast ne fait donc que suivre le mouvement jurisprudentiel, mouvement dont les penchants pour l'équité en tant que fondement de l'*in rem versum*, ne peuvent pas être dissimulés.

Seulement, si la jurisprudence fait appel à cette notion vague d'équité pour corriger les inconvénients et surtout pour suppléer les insuffisances du droit positif (1), on ne peut pas savoir si M. Rouast, dont le raisonnement s'approche beaucoup de celui de M. Demogue (2), est l'interprète fidèle de la pensée qui animait le juge au moment où, rendant la sentence, a fait appel à la notion d'équité.

Une chose est certaine, et c'est elle seule qui présente

(1) Rouast, *L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile*, article paru dans la *Revue trimestrielle de droit civil* de 1922, p. 42 et suiv. « Je suis de ceux qui admettent que le droit naturel est antérieur et supérieur au droit positif, mais il ne s'en suit pas qu'on doive laisser de côté le droit positif pour recourir au droit naturel. Les lois ne représentent jamais qu'une approximation de justice ; elles sont une traduction des préceptes du droit naturel, traduction plus ou moins fidèle suivant que ceux-ci sont perçus avec plus ou moins de précision par le législateur. « Vérité en deça des Pyrénées, erreur au delà ». Le mot célèbre de Pascal ne vise que les lois positives humaines dont les errements s'expliquent trop bien par l'infirmité de ceux qui les ont rédigées » (article cité, p. 95 et 96).

(2) Demogue, *Traité des obligations*, t. III, p. 138 : « Pour nous, objectivement la théorie de l'enrichissement sans cause se justifie comme étant un moyen de perpétuer les valeurs que contient le patrimoine, but auquel visent dans des cas différents la revendication et la subrogation réelle ».

de l'intérêt : c'est le rattachement d'un auteur de grande autorité à la théorie de l'équité.

Qu'il interprète cette équité comme agissant au nom d'un équilibre rompu entre deux ou plusieurs personnes, c'est-à-dire entre les patrimoines de ces deux personnes, que cette équité exige qu'à chaque prestation corresponde une contre-prestation que — en un mot — elle doit remédier au déséquilibre possible dès que les plateaux de la balance entre deux patrimoines ne sont pas également chargés, cela importe uniquement au point de vue théorique et peut-être à ce point seul il est intéressant de savoir comment joue l'équité et comment, grâce à elle, le magistrat rend son jugement.

Au point de vue des faits, la seule chose qui présente une importance considérable c'est que M. Rouast appuie la conception jurisprudentielle d'autant plus que les tribunaux ne se bornent pas uniquement à appliquer le droit naturel, mais, ayant toujours souci des nécessités pratiques, font en même temps œuvre positive.

« La jurisprudence a élaboré le droit positif, elle a défini la coutume de l'enrichissement sans cause (1). »

En ce disant, M. Rouast ne fait qu'apprécier davantage l'œuvre jurisprudentielle qui, loin de se borner à adapter la loi écrite aux exigences sans cesse croissantes de l'évolution par le progrès, est en même temps supplétive, c'est-à-dire qu'elle remédie aux innombrables problèmes auxquels le législateur de 1804 n'a pas pu penser.

Voilà par conséquent encore un auteur de valeur incontestée pour lequel l'enrichissement sans cause ne peut

(1) Rouast, article cité, *Revue trimestrielle de droit civil* de 1922, p. 103.

avoir un autre fondement que la loi de l'équité naturelle. Mais, par cette affirmation, M. Rouast ne fait que faciliter indirectement la concrétisation de notre pensée ; car si tout le monde est d'accord à reconnaître l'équité comme fondement de la gestion d'affaires, il y a certains auteurs qui se refusent de voir un même fondement à la base de *l'in rem versum*.

Par ailleurs, comme nous l'avons indiqué, pour M. Rouast la gestion d'affaires n'est que cette notion toute voisine de l'enrichissement sans cause, puisque le gérant d'affaires enrichit le maître sans le consentement de celui-ci.

Est-ce à dire, après tout ce que nous avons vu, qu'il faut supprimer complètement la gestion d'affaires ?

Il nous semble que la réponse doit être affirmative. On doit en effet bannir cette notion du vocabulaire du droit et reporter tous ses effets, ainsi que toutes ses qualités, sur l'enrichissement sans cause dont la sphère d'application s'agrandira par là même de beaucoup.

Seulement nous croyons, pour notre part, qu'en vertu d'une tradition certaine, d'une idée bien ancrée dans la pensée juridique de tous les temps, la gestion d'affaires doit encore continuer de subsister dans un cas particulier.

Bien entendu on pourrait croire qu'il y a une contradiction flagrante entre ce que nous disons ici et le mouvement de notre pensée dont, par ailleurs, nous avons tracé le schéma le long de notre thèse et qui prend justement le contrepied de notre assertion.

Mais elle doit subsister, cette nomenclature de gestion d'affaires, pour un cas tout à fait particulier, un cas dont le législateur de 1804 n'a pas parlé et qui tout de même

est susceptible de se présenter dans la pratique quotidienne, le cas de ce qu'on peut appeler la gestion d'un intérêt moral.

Un acte, dit M. Naquet, peut revêtir les caractères d'un acte de gestion d'affaires ou au moins donner naissance à une action ayant des effets analogues à ceux de l'*actio negotiorum gestorum*, encore qu'il n'ait pas trait au patrimoine, mais à la personne elle-même du maître (1).

Dans un arrêt de la Cour d'Aix en date de 1888, on voit que le fait de procurer l'amélioration de la situation matérielle d'un interdit implique une gestion d'affaires.

Mais la Cour ne dit pas s'il en serait de même au cas où ce serait la situation morale et non plus matérielle d'un interdit qui serait améliorée.

M. Naquet estime qu'il est permis d'affirmer, en s'inspirant de l'esprit de son arrêt, qu'elle n'aurait pas hésité à étendre jusque-là l'application du principe, si les circonstances de la cause l'y avaient amené.

Nous considérons que la gestion morale devrait exister avec la même puissance, car répondant à la même utilité sociale que la gestion des intérêts matériels.

Ce n'est qu'avec ce sens que cette institution peut garder une nomenclature différente de celle de l'enrichissement sans cause.

Nous aurions aimé que le projet franco-italien sur les obligations, tout en effaçant le domaine de la gestion d'affaires et tout en établissant une extension très large de l'enrichissement sans cause, une réglementation encore inédite de l'*actio de in rem verso*, ait cru devoir s'enrichir avec un article spécial consacré à la gestion morale.

(1) Naquet, note sous un arrêt de la Cour d'Aix en date du 20 décembre 1888, S. 1890.11, p. 25 et 26.

Est-ce que, en remontant dans le passé, on trouve une certaine ébauche de cette idée ?

Nous ne trouvons rien d'aussi saisissant chez nos anciens auteurs.

Ils nous apprennent cependant que des soins d'entretien personnel, étrangers à l'administration du patrimoine, engendrent une action pour la répétition des dépenses qui ont été accomplies.

On peut croire qu'en droit romain et dans l'ancienne jurisprudence française, on n'interprétait pas avec une rigueur excessive le sens des mots gestion d'affaires, et qu'on assimilait à cette opération juridique celles qui s'en rapprochaient et que l'équité commandait de placer sous l'égide de la même règle.

Si on regarde les œuvres des anciens auteurs français, on en trouve ce passage suggestif chez Domat :

« La plus grande proximité des personnes ne suffit pas pour faire présumer que la dépense que l'une a faite pour l'autre soit une libéralité. Et quand même il n'y aurait aucune protestation de recouvrer ce qui est avancé, s'il paraît par les circonstances qu'il n'y ait pas eu d'intention de donner, la personne qui a fait de ces sortes de dépenses, pourra les demander. Ainsi, par exemple, si une mère qui prenait le soin des biens et des affaires de ses enfants, ou une aïeule de ceux de ses petits-enfants, les avait nourris et entretenus, il serait à présumer en ce cas que l'intention de cette mère ou de cette aïeule n'aurait été que de nourrir ses enfants ou petits-enfants de leur propre bien qu'elle administrait ; et cette dépense lui serait allouée, quand même elle n'en aurait fait aucune protestation, ce qui recevrait encore moins de difficulté,

si elle en avait tenu un mémoire dans le dessein de la recouvrir (1). »

C'est, dès lors, une raison de plus pour accepter une solution équitable sous l'empire des lois modernes, qui généralement, dans leur grande majorité, ont brisé les entraves du formalisme ancien.

Et, croyons-nous, il n'est pas possible — car il serait tout à fait illogique — que la loi civile, qui vient au secours de celui qui a administré la fortune d'autrui, en lui donnant une action pour se faire rembourser des dépenses utiles qu'il a faites, reste indifférente lorsque l'intervention d'autrui a été inspirée non plus par la considération d'un intérêt purement pécuniaire, mais, comme le remarque très justement M. Naquet, par la « considération d'un intérêt d'honneur, de sécurité, d'éducation, de liberté ».

Il faut étendre par analogie et même à *fortiori* les dispositions littérales du Code.

En effet, le but pour lequel l'*actio negotiorum gestorum contraria* a été créée, les motifs d'équité qui se trouvent être à la base de cette action, se retrouvent avec plus de force encore dans ces cas où il s'agit de la gestion d'un intérêt moral que dans les cas spécialement indiqués par les textes du Code civil.

On peut se demander en somme avec M. Naquet qu'est-ce qu'on pourrait objecter contre cette généralisation. Dira-t-on qu'une action n'existe que si elle vient sanctionner un droit reconnu par la loi et dont elle n'est que la manifestation judiciaire et que la loi n'a aucunement reconnu l'existence d'un droit au profit de celui qui agit

(1) Domat, *Lois civiles*, t. I, livre II, titre IV ; section II, p. 287 et 288, Paris, 1777.

dans l'intérêt moral d'autrui, puisqu'elle suppose — les mots gestion d'affaires l'indiquent — une affaire proprement dite ?

Sans doute, toute action est inhérente au droit, et s'il n'y a pas de droit, il n'y a pas d'action.

Mais on peut se demander si on doit considérer vraiment comme droits, comme principes solidement assis, uniquement ceux qui font l'objet d'un article, d'une énumération spéciale du Code civil ou bien s'il ne vaut pas mieux de laisser libre jeu au mouvement de la pensée juridique, à ce mouvement doctrinal ou jurisprudentiel qui sait traduire en droit les nécessités changeantes que la pratique journalière révèle toujours plus nombreuses.

Nous avons assez insisté sur ce point pour ne plus dire que nous adoptons la seconde hypothèse. Cela va, selon nous, de soi-même.

Pour qu'un droit prenne naissance, il n'est pas nécessaire qu'il ait été expressément qualifié et dénommé par la loi, il n'est pas nécessaire que « son acte de naissance ait été rédigé en termes formels par le législateur ».

Lorsqu'un principe se révèle dans telle ou telle de ses applications, sans avoir été emprisonné au préalable dans une formule légale, on peut facilement lui dégager sa portée de ses applications mêmes et le considérer comme générateur des droits qui procèdent rationnellement de lui.

Et, par ailleurs, on a la meilleure occasion de se convaincre de la véracité de cette règle en songeant à l'enrichissement sans cause.

Tout le monde est aujourd'hui d'accord pour admettre l'existence de l'*inrem versum*; et cependant le droit dont il découle, cette formule tellement importante « nul n'a le droit

de s'enrichir injustement aux dépens d'autrui », n'a reçu aucune estampille officielle par son insertion éventuelle dans les Codes civils français, roumain ou italien.

Pour revenir à notre hypothèse, à la gestion morale, certes, nous ne pouvons pas faire appel à un texte précis de loi en notre faveur.

Mais il y a parfois des arguments d'analogie qu'on peut invoquer et ces arguments ont une force créatrice tout exceptionnelle, surtout dans un domaine où tout est commandé par l'équité la plus élémentaire.

Les lacunes de la loi, ses insuffisances matérielles doivent être nécessairement réparées et rationnellement suppléées, en s'inspirant de son esprit.

La seule chose importante est, dès lors, de savoir s'il y a une réelle analogie entre la gestion d'affaires matérielle et la gestion d'un intérêt moral.

Si cette analogie existe, la volonté du législateur d'assimiler les deux situations ne peut pas faire le moindre doute, encore qu'elle ne soit pas littéralement exprimée.

Et même si cette volonté, n'ayant pas été exprimée, ne peut pas être dégagée de l'esprit et de la lettre du texte légal, il importe que les interprétateurs du Code fassent de leur mieux pour compléter l'œuvre législative en créant, par le jeu de l'analogie, des institutions similaires à celles prévues par les textes du Code civil, — des institutions ayant par conséquent une même origine, un même fondement juridique et répondant à une même utilité sociale — et en établissant par là même les traits essentiels d'une famille juridique plus large.

Dans notre espèce, nous croyons que cette analogie est parfaitement à sa place.

On ne peut pas admettre, dit M. Naquet, que l'inter-

vention réalisée au profit des intérêts moraux de la personne ne soit pas entourée des mêmes garanties que l'intervention provoquée par le souci des intérêts matériels.

L'équité, qui est la cause impulsive des décisions de la loi en ces matières, n'exige-t-elle donc pas que la protection légale reçoive la plus large extension ?

On pourrait admettre à la rigueur qu'il n'y a pas, quand il s'agit d'une intervention réalisée au profit des intérêts moraux de quelqu'un, une véritable gestion d'affaires, produisant une action *negotiorum gestorum* proprement dite, mais il y a au moins un droit égal, sanctionné par une action identique, ou plutôt qui devrait être identique, quant à ses effets.

Pour le reste peu importe que cette action soit qualifiée d'action de gestion d'affaires ou qu'elle ne reçoive aucune qualification.

Débarrassés du vieux formalisme romain, il n'y a plus de nos jours un catalogue spécial des actions ou des formules préconçues.

Une action peut et doit exister alors même que le droit qu'elle a pour objet de sanctionner n'est point inséré dans les textes du Code, alors même qu'elle n'a pas été baptisée d'un nom particulier.

Voilà donc comment, selon nous, le projet franco-italien aurait fait œuvre vraiment utile.

La seule mention qu'il aurait dû faire en ce qui concerne l'institution de gestion d'affaires, aurait dû avoir trait à la gestion morale.

Et c'est pour cette gestion morale uniquement, pour ne point décourager les initiatives généreuses et les investigations loyales, que le nom de gestion d'affaires devrait encore subsister dans le langage du droit.

Mais, encore une fois, en employant l'expression de gestion d'affaires on ne devra y entendre qu'une gestion morale ; car la gestion d'affaires, au sens usuel du mot, doit être englobée dans la sphère générale de l'enrichissement sans cause.

Pour les nombreux arguments que nous avons indiqués, parce que surtout le fondement des actions *negotiorum gestorum contraria* et *de in rem verso*, ne peut être que le même, il n'y a plus aucune raison de maintenir entre elles une cloison étanche, d'avoir ainsi une double possibilité de satisfaire aux exigences naturelles de l'équité, alors qu'on est en face d'un principe puisé dans la raison pure et le bon sens à tel point qu'il écarte, *a priori*, toute solution ambiguë.

Cette différence disparaîtrait si le juge n'était plus dans cette alternative : accorder l'*in rem versum* ou la *gestorum contraria*, c'est-à-dire si les deux actions étaient fondées en une seule action puissante, plus importante en résultats pratiques et dès lors plus difficilement recevable.

Nous croyons que tel serait le cas si on changeait la structure, le fonctionnement mauvais de l'*actio de in rem verso*.

Telle qu'elle existe aujourd'hui, cette action ne tend qu'à la restitution de l'enrichissement procuré, mais uniquement en tant que cet enrichissement coïncide à l'appauvrissement.

En effet, on ne pourra jamais obtenir plus que l'appauvrissement subi et en même temps jamais plus que le gain subsistant au moment où l'action est intentée.

On ne pourra obtenir par conséquent ni même la valeur de l'appauvrissement si, par suite de certaines circons-

tances, le montant de l'enrichissement est diminué ; et plus encore, chose extrêmement curieuse et critiquable ! on n'obtiendra rien si, à la suite d'opérations malheureuses, l'enrichissement a totalement disparu.

Etablir une parfaite union entre les deux actions qui sanctionnent la gestion d'affaires et l'enrichissement sans cause, établir cette fusion en faveur de l'*in rem versum* — parce que telle qu'elle est organisée la *negotiorum gestorum contraria*, donnant la possibilité d'une répétition de toutes les dépenses utiles et nécessaires, permet en quelque sorte des investigations dans les patrimoines étrangers, investigations qui deviendraient une profession, une exploitation pleine de périls pour la paix sociale et l'honneur des familles — montrer enfin comment cette action *de in rem verso* — *lato sensu* — et tellement élargie devrait être, selon nous, réglementée et comment le projet franco-italien sur les obligations aurait dû la concevoir pour correspondre vraiment à son rôle social et faire ressortir les principes de l'équité qui la firent naître, tel sera l'objet de nos dernières lignes de ce chapitre.

Le système qui fonctionne actuellement en ce qui concerne l'organisation et la réglementation de l'*actio de in rem verso* et auquel le projet franco-italien sur les obligations n'a aucunement changé, s'étant simplement contenté d'énoncer dans son article 73 un principe dont les données sont depuis longtemps et unanimement requises, ce système nous semble tout à fait inique, dépourvu de toute argumentation, de toute logique juridique.

Et nous sommes très heureux de constater que, se référant à lui, M. Demogue s'exprime en des termes très nets. Il dit notamment :

« C'est un système pratique, commode, mais sans profondeur (1). »

Et M. Demogue dresse une liste des divers systèmes qu'on trouve pour la réglementation de l'*in rem versum*. Tout en manifestant sa sympathie pour les uns plus que pour les autres, il les écarte cependant tous, ne pouvant point leur trouver des fondements solidement assis.

C'est ainsi qu'un premier système serait fondé sur ce que nous appellerions volontiers l'*intuitus personæ*.

Ce serait une méthode suivant laquelle, dans les différentes hypothèses où il y a enrichissement sans cause, il faut examiner soigneusement le degré d'intérêt que présente l'enrichi.

Le problème ainsi posé présente, selon nous, de nombreuses difficultés.

Nous croyons qu'on pourrait les ramener surtout à deux :

Il établit d'abord des différences fondamentales entre les individus.

Or, dans une société qui devrait être guidée par un droit idéal, ces différences n'ont aucune raison d'être.

Pourquoi se montrer en effet plus indulgent envers les uns et plus rigoureux envers les autres ?

Devant le droit nous sommes tous égaux, et la justice sociale, dont la loi écrite n'est que le prisme — avouons-le ! assez imparfait, — s'opposerait à des iniquités pareilles.

En outre, qui est-ce qui déterminera ces différences, les solutions qui vont s'en suivre, le degré d'intérêt que présente l'enrichi ?

Ce seront toujours les juges, qui ne sont que des humains

(1) Demogue R., *Traité des obligations*, t. III, p. 133.

et qui se trouvent dès lors facilement vaincus par l'image erronée sous laquelle sont enveloppées certaines idées.

Nous sommes, certes, pour un renforcement du pouvoir du juge, mais seulement dans des matières purement juridiques, là où leur compétence est chaque jour plus éprouvée.

Et inversement nous ne concevons pas un élargissement de leur pouvoir arbitraire, une extension de ce pouvoir à des matières qui sortent du domaine proprement juridique, du domaine strict de leur compétence.

Nous leur refusons le pouvoir d'établir des critères de distinction quand il s'agit de problèmes qui dépassent de beaucoup le côté juridique et pénètrent plutôt dans le domaine social.

Naturellement il y a des hypothèses, et nous sommes les premiers à le reconnaître, où le juge sera appelé à juger des questions dont le fondement se trouve dans l'intérêt collectif qui a donné naissance au litige.

Le juge doit juger conformément aux nécessités sociales ; autrement dit, il doit envisager la question en droit sous le prisme social. Mais ceci ne veut pas dire qu'il doit par trop étendre la sphère, le cadre où se place le côté juridique de chaque affaire ; car, dans ce cas, il serait indispensable que le magistrat soit doublé d'un sociologue.

Sans doute il y a des cas où le juge ne pourra jamais rendre sa sentence en droit, avant de considérer l'intérêt social qui a fait naître le problème et surgir des difficultés dans l'application de ce problème.

Nous faisons par là allusion au cas de l'enrichissement sans cause où — dans l'hypothèse où l'*actio de in rem verso* sera modifiée suivant nos indications, — elle devra être beaucoup plus difficilement acquise, car elle sera aussi plus riche en conséquences pratiques, et où dès lors

elle ne pourra être accordée par le juge qu'après avoir jugé le degré d'intensité que présente pour le demandeur à l'action l'intérêt social et combien cet intérêt général a été à la base de son entreprise, c'est-à-dire si et de combien l'intérêt collectif a primé son intérêt individuel.

C'est là une question qui devra être tranchée par le juge, car on ne peut pas faire autrement ; il n'est pas possible que chaque individu se fasse justice à sa manière, car on serait alors vraiment en face de certains cas de justice tout à fait *sui generis*.

Mais passer de là, où les nécessités l'exigent, à d'autres hypothèses plus élastiques ; multiplier, en dehors du terrain juridique, les pouvoirs du magistrat ; établir ce principe de base que c'est à lui, juge, de décider si tel individu enrichi présente de l'intérêt et donc peut bénéficier d'un sort meilleur que tel autre individu enrichi qui ne présente pas, selon l'opinion du magistrat, un intérêt tout aussi grand que le premier, c'est laisser, par une incompréhension des instincts et des passions humaines, libre jeu au mouvement irrégulier de ces passions.

C'est, en d'autres termes, se lancer sur un chemin sensiblement défectueux.

Une seconde difficulté que ce premier système présente, et M. Demogue l'a fait nettement ressortir, consiste dans le fait qu'on néglige complètement l'appauvri.

Or, il faut envisager également le problème du côté de l'appauvri.

En effet, il nous semble que l'appauvri est au moins aussi digne d'intérêt que l'enrichi, sinon davantage.

Il faut, en tout cas, les placer sur un pied d'égalité, et cela sachant rester indifférent au travail déployé par l'appauvri jusqu'à ce qu'il ait opéré le transfert d'un certain

avoir de son fond sur celui de l'enrichi ; car, si on ne savait pas garder cette attitude, l'intérêt de l'appauvri l'emporterait de beaucoup sur celui de l'enrichi dans la balance des calculs.

Mais il faut surtout placer l'appauvri et l'enrichi sur un pied d'égalité, en pensant aux exigences du principe d'équilibre entre les deux patrimoines en présence.

« Il faut se préoccuper aussi bien de la considération que mérite l'enrichi que de celle de l'appauvri. Un pareil système conduit donc à des distinctions très délicates et nombreuses (1). »

Un second système qui consiste à organiser le fonctionnement de l'*actio de in rem verso* en tenant compte de la théorie du risque, système qui a été développé par MM. Ripert et Teisseire et dont nous avons déjà parlé, paraît plus logique.

En effet, si chacun est responsable de son activité, s'il est juste qu'il supporte les conséquences mauvaises de son action, il est tout aussi naturel qu'il bénéficie des résultats heureux de son initiative.

Il nous semble que, suivant ce système, l'appauvrissement ne devrait même pas être calculé, qu'on pourrait le méconnaître totalement.

Le tout se réduirait à savoir déterminer dans son intégrité le montant de l'enrichissement que — par ailleurs — on demanderait en entier, en introduisant l'*actio de in rem verso*.

Mais l'inconvénient de ce système serait encore suffisamment grand, car, si quelqu'un savait qu'il pouvait étendre sa sphère d'activité dans le patrimoine d'autrui

(1) Demogue R., *Traité des obligations*, t. III, p. 133.

sans être gêné par personne et ayant la certitude qu'il pourra recueillir à la fin tout seul et en totalité le fruit de son travail, il n'hésiterait point devant la possibilité d'une telle ingérence.

Des immixtions de tel genre s'augmenteraient en quantité considérable et bien entendu il y aurait de nombreux abus (1).

Abstraction faite de cet inconvénient, nous ne voyons pas, pour notre part, d'autres difficultés qui puissent empêcher le fonctionnement de cette action, tel qu'il résulte de l'énoncé du problème, de la corrélation qui existe entre la théorie du risque et l'utilisation de l'*in rem versum*.

C'est ainsi que pour nous il n'est pas obligatoire, comme il semble bien l'être pour M. Loubers, qu'il y ait une différence marquée entre le défendeur à l'action dans le cas où la théorie du risque joue et le défendeur à l'action *de in rem verso*.

En effet, nous ne voyons pas pourquoi celui qui est tenu à la réparation d'un préjudice dans la théorie du risque n'ait pas pu jouer un rôle tout aussi passif, en recueillant l'enrichissement, que le défendeur dans l'ac-

(1) Demogue R., *Traité des obligations*, t. III, p. 134 : « Ce système qui aboutit à dire que l'on pourrait réclamer l'enrichissement, même si on ne s'était pas appauvri et si on l'avait procuré par sa simple activité, a, malgré ces mérites, certains inconvénients. Nous ferions assez bon marché de ce qu'il rompt avec la tradition. C'est le cas de tout progrès. De façon générale, les actions pour enrichissement sans cause sont comme la gestion d'affaires un encouragement à pénétrer dans la sphère d'activité d'autrui. Sans doute l'*in rem versum* ne découle pas nécessairement d'un acte de l'appauvri, mais c'est ce qui arrive d'ordinaire.

Restituer à l'appauvri tout l'enrichissement, c'est l'encourager beaucoup à spéculer dans le patrimoine d'autrui. Les doctrines de solidarité sociale demandent dans l'application une certaine mesure. En même temps c'est souvent ne pas tenir assez compte de ce que l'enrichi, forcé de faire un déboursé d'argent imprévu, sera d'autant plus gêné, qu'il sera plus important. »

tion de *in rem verso* qui, lui, « n'a pris aucune initiative, n'a créé aucun organisme, n'a exercé aucune activité » (1).

Un troisième système en ce qui concerne la réglementation de l'*in rem versum* est dû à M. Loubers, qui rattache le fonctionnement de l'enrichissement sans cause au principe du profit.

Le demandeur, victime d'un dommage, demande la réparation de ce dommage à un tiers contre lequel il allègue qu'il en a profité.

M. Loubers estime, et cela va de soi, parce que autrement l'*actio de in rem verso* serait repoussée, qu'il y a toujours une double circonstance, un préjudice chez le demandeur, un profit chez le défendeur.

Quant à l'*actio de in rem verso*, M. Loubers dit textuellement qu'elle « nous met en présence d'une cause particulière de responsabilité civile, qui n'est ni la faute, ni le risque créé, qui est le profit. Celui qui profite du dommage subi par autrui est tenu envers la victime de le réparer. Telle est la règle de droit, simple, dont l'action *de in rem verso* est la mise en œuvre » (2).

A bien envisager l'opinion de M. Loubers, il nous semble qu'il n'y a presque aucune différence entre le système

(1) Loubers Henry (Voir opinion contraire): « Celui qui est tenu à la réparation d'un préjudice causé, dans la théorie du risque, n'a pas joué un rôle purement passif. Sans doute, il recueille un enrichissement dont le dommage qu'il doit réparer est l'inévitable conséquence, l'inévitable rançon; mais, pour recueillir cet enrichissement, à raison duquel, en réalité, il est astreint à payer une indemnité, il a pris une initiative: il a créé lui-même la situation qui l'a mis à même de recueillir ce bénéfice. Et voilà pourquoi il peut être tenu de réparer un préjudice supérieur au bénéfice même qu'il retire par ailleurs, de l'exercice du fonctionnement de l'entreprise créée par lui, et qui a déterminé le dommage » (Loubers H., *L'action de in rem verso et les théories de la responsabilité civile*, article paru dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence* de 1912, p. 464).

(2) Loubers H., article cité, p. 418.

préconisé par lui et celui décrit par MM. Ripert et Teisseire.

Faisant intervenir cette notion du profit créé, il ne fait qu'établir le fondement, la base de la théorie du risque, telle qu'elle nous est démontrée par MM. Ripert et Teisseire.

C'est le contenu même de la conception de ces auteurs qui est repris par M. Loubers ; en effet, si les premiers estiment que celui qui crée le risque doit en supporter les conséquences, M. Loubers arrive à des conclusions sensiblement analogues quand il dit que celui qui supporte la charge des dommages causés par le fait d'une chose lui appartenant, doit bénéficier des avantages et des profits qui résultent de la jouissance de cette chose.

Et dès lors, nous croyons qu'on peut également résumer la théorie de MM. Ripert et Teisseire comme celle de M. Loubers par la formule latine : *ubi onus, ibi emolumentum esse debet*.

Quant au système de M. Planiol, nous en avons eu déjà l'occasion de parler. Il faut uniquement se rappeler que, si ce système aboutit sur le terrain théorique à des résultats qui favorisent nettement une assimilation entre la gestion d'affaires et l'enrichissement sans cause, il ne peut pas coïncider en pratique avec la contexture de l'*actio de in rem verso*.

Si, en effet, l'obligation qui naît de l'enrichissement sans cause a un caractère délictuel, si cette obligation qui pèse sur l'enrichi résulte de ce qu'il « enfreint un principe légal », l'action *de in rem verso* devrait permettre à celui qui se trouve appauvri d'obtenir tout ce dont il a été dépouillé.

Or, nous savons que pratiquement il n'en est point ainsi.

Pratiquement il y a des différences sensibles entre les

réparations qui découlent d'un délit et celles qui ont lieu quand il s'agit d'un enrichissement sans cause.

Dans le cas d'un délit, là où il y a une faute précise qu'on peut imputer au défendeur, là où sa culpabilité est évidente, la réparation sera totale ; tandis que dans le cas d'un enrichissement sans cause, là où le plus souvent aucune faute n'est imputable à l'enrichi, la pratique de la jurisprudence française n'admet la réparation que dans la mesure où l'enrichissement subsiste.

Certes, la théorie de M. Planiol présente ce grand avantage que, grâce à elle, on devrait restituer l'appauvrissement dans son intégrité, même si l'enrichissement disparaît.

Seulement, la jurisprudence, selon nous à tort, n'a jamais apprécié la nécessité d'une telle disposition.

Si, en dernier lieu, nous nous reportons aux solutions envisagées par M. Demogue, nous constatons que c'est bien de ces solutions que nos opinions se rapprochent le plus.

Envisagée au point de vue objectif, la théorie de l'enrichissement sans cause se justifie, d'après M. Demogue, comme un moyen de perpétuer les valeurs que contient le patrimoine, d'assurer une sorte de stabilité de ces patrimoines de l'enrichi et de l'appauvri.

Il nous semble qu'à ce point de vue, M. Demogue s'approche lui aussi de la théorie du risque, telle qu'elle a été développée par MM. Ripert et Tisseire.

En effet, dire que « le plus logique serait de donner à l'appauvri les bonnes chances comme les mauvaises », c'est consacrer et proclamer indirectement sa foi dans le principe suivant lequel chacun doit bénéficier des résultats heureux de son entreprise exactement comme il doit en subir les résultats néfastes.

Et, ne pouvant trouver qu'une seule explication au système qui trouve application actuellement : le désir de ne pas trop encourager et faciliter l'immixtion dans le patrimoine d'autrui et de ne pas obliger le défendeur à l'action à des déboursés trop grands, M. Demogue estime qu'il faudrait plutôt, au lieu de prendre en considération la somme la moindre des deux sommes en présence, attribuer à celui qui enrichit autrui tout l'enrichissement.

Si telle est la conception qu'il enseigne, si — par conséquent — M. Demogue croit qu'on devrait récompenser une activité profitable en donnant à celui qui l'a déployée tous les fruits de son action, tout le profit, tout l'enrichissement, il nous semble qu'il va de soi et que la question ne devrait même pas se poser que le défendeur à l'action, en espèce l'enrichi, est obligé de restituer en entier l'appauvrissement subi par le demandeur, sans qu'on se demande si ce remboursement est ou non susceptible de se produire, c'est-à-dire si l'enrichissement subsiste encore.

En effet, si M. Demogue estime que tout l'enrichissement devrait finalement tomber entre les mains de celui qui l'a créé, on devrait — *ipso facto* — rembourser au moins l'appauvrissement effectif, abstraction faite de toute autre considération.

M. Demogue ne parle nullement de cette hypothèse. Mais, si nous pouvons interpréter sa pensée, nous croyons qu'on n'est nullement dans l'erreur en disant que M. Demogue, posant le problème comme il l'a fait, a établi une catégorie générale, un principe *lato sensu*, une règle de conduite qu'on devrait suivre dans tous les cas pratiques et que — sous l'égide de cette règle, sous son enveloppe — on peut trouver place à des hypothèses particulières qui,

dès lors, ne sont qu'englobées dans le cadre général de la formule donnée par M. Demogue.

Mais, ce qu'il nous paraît un peu contradictoire, c'est que M. Demogue, après avoir tracé une critique générale étayée sur un raisonnement subtil, arrive à une conclusion sensiblement différente en disant notamment :

« Malgré sa nature assez terre à terre, le système du droit actuel peut être approuvé. Il est d'une bonne pratique civile, surtout pour le cas d'enrichissement sans cause au sens étroit, où la théorie est encore nouvelle et a besoin d'être édifiée avec modération (1). »

Pour notre part, nous estimons que le fonctionnement actuel de l'*in rem verso* est complètement defectueux.

En effet, si nous écartons son organisation technique — telle qu'elle se présente actuellement — et si nous nous rappelons qu'il n'y a qu'un seul fondement, une source unique, tant pour la gestion d'affaires que pour l'enrichissement sans cause — *l'équité naturelle* — il n'y a pas de raisons de maintenir des distinctions purement arbitraires.

Nous considérons en somme qu'une nouvelle réorganisation de l'*actio de in rem verso* devrait correspondre à cette double idée :

C'est d'abord la possibilité pour l'appauvri de se voir réintégrer dans ses droits, c'est-à-dire d'obtenir le montant intégral, non pas de l'enrichissement du défendeur à l'action, mais — ce qui est extrêmement important — de son appauvrissement à lui, demandeur.

C'est ensuite une conception transactionnelle qui devrait

(1) Demogue R., *Traité des obligations*, t. III, p. 137.

servir de base à la réglementation de cette action, conception qui se placerait entre l'opinion très libérale et solidement assise au point de vue social de M. Demogue et l'opinion dominante aujourd'hui en jurisprudence et dont les conséquences sont plutôt rigides pour l'appauvri, car, dans les hypothèses heureuses où, grâce à son activité qui a nécessité par ailleurs son appauvrissement, il y a un enrichissement très élevé qui s'en suit et en est la conséquence, il ne pourra obtenir que tout au plus le montant de son appauvrissement.

C'est là une conception complètement inique.

Nous disons qu'un premier but auquel devrait répondre une organisation technique logique de l'*in rem versum* serait d'assurer l'appauvri de la restitution totale de son appauvrissement.

En effet, cette chose est possible dans toutes les hypothèses, à part mis un seul cas : c'est le cas où l'enrichissement obtenu est plus petit que l'appauvrissement subi.

Nul doute qu'on ne peut pas demander à l'enrichi, défendeur à l'action, de rembourser plus qu'il n'a obtenu.

Tel serait le système qu'on devrait défendre en pure logique et en se maintenant strictement sur le terrain des faits pratiques.

Cependant notre point de vue diffère sensiblement de cette théorie.

Pour nous le problème se réduit à un simple examen des circonstances qui font naître — en dernier ressort — l'*actio de in rem verso*.

C'est ici, croyons-nous, qu'une recherche de l'élément intentionnel chez le demandeur serait bien venue ; mais une pareille étude est singulièrement difficile, et nous avons vu pour quelles raisons.

Nous devons tout de même admettre parfois l'existence de cette intention ; c'est ce qui nous amène à trouver une solution transactionnelle pour cette hypothèse, assez rare, où l'enrichissement est plus petit que l'appauvrissement.

Dès lors nous pouvons conclure que si l'élément intentionnel qui a guidé la pensée de l'appauvri peut *a priori* être pris en considération, parce qu'il est bien saillant, et si la situation matérielle du défendeur à l'action est assez bonne pour qu'une sortie inattendue de capitaux de son patrimoine ne puisse point lui nuire, nous croyons qu'il serait juste et équitable au premier chef qu'il prenne une certaine part dans les pertes subies par quelqu'un, mû par les sentiments les plus nobles à son égard.

Inversement, si on ne peut nullement se rendre compte si un certain élément intentionnel existait dans l'action qui a appauvri le demandeur et ni dans quelle mesure cette intention a joué dans sa pensée, enfin si la situation pécuniaire du défendeur ne lui permettait pas ces déboursés, dans ce cas le demandeur ne pourra obtenir que la somme qu'il a procurée au défendeur, même si elle ne correspond pas à la valeur de l'appauvrissement qu'il a subi.

Mais, chose très importante, nous considérons que le demandeur doit obtenir en principe cette somme, en tout état de cause.

En dehors de l'hypothèse que nous avons envisagée, quelles que soient les causes pour lesquelles la quotité de l'enrichissement correspondant à l'appauvrissement a disparu, cela importe peu.

Une chose est certaine, à tel point qu'elle ne fait pas le moindre doute : c'est que si, grâce à l'activité d'une personne, une autre se voit d'un coup augmenter son patrimoine, s'il est de toute évidence que la personne enrichie

de cette façon doit rendre au moins ce dont la première personne s'est appauvrie, il est tout aussi évident que ce remboursement doit avoir lieu en toutes circonstances, indépendamment du fait que — à la suite de certains événements — cet enrichissement n'existe plus, qu'il a été dilapidé.

En effet, il est fort possible que quelqu'un fasse des affaires malheureuses, que, par un désir trop grand de spéculations, il investisse ses capitaux, augmentés par le montant d'un enrichissement procuré par l'appauvrissement d'autrui, dans des affaires assez incertaines dont le résultat immédiat ou lointain pour l'enrichi sera de se voir dépouillé de tout son avoir.

Il est encore fort possible que quelqu'un, dont le capital se trouve augmenté par le travail d'autrui, ait l'envie de spéculer dans un troisième patrimoine et que tous les capitaux investis dans ce patrimoine soient perdus par suite d'une diminution sensible de la valeur de ce patrimoine, dont une aliénation forcée a dû se produire.

Il se peut encore qu'une grave crise économique ait pour conséquence une forte dépréciation ou revalorisation monétaire.

Quelqu'un qui a été enrichi et dont l'enrichissement correspond à un appauvrissement de 600.000 francs, par exemple, place cet argent dans diverses affaires. Une puissante crise sévit et, à sa suite, la valeur intrinsèque de l'argent se trouve changée.

Supposons que la valeur marchande des 600.000 francs est actuellement de 1.200.000 fr. Dans ce cas, tout l'avantage est pour l'enrichi. Il est obligé de restituer le montant de l'appauvrissement. Pour pouvoir le faire, il devra développer une activité en principe deux fois moindre qu'avant les changements monétaires.

En vain le demandeur lui démontrera qu'à la suite de ses agissements, qui ont été tellement profitables pour lui — défendeur — il se trouve complètement ruiné, la valeur réelle de l'argent ayant tellement diminué.

S'il ne peut pas se prévaloir d'un cas d'imprévision — et nous savons qu'il est fort difficile, car c'est là une théorie plutôt admise en matière contractuelle et uniquement par des tribunaux administratifs — il sera débouté de sa demande.

Changeons maintenant l'hypothèse et supposons que la valeur de l'argent est actuellement beaucoup plus grande, que les 600.000 francs d'avant la crise ne valent maintenant que 300.000 francs, c'est-à-dire qu'il faut développer aujourd'hui une activité deux fois plus grande à celle nécessitée avant la crise pour produire une même somme de 600.000 francs.

C'est, cette fois-ci, l'enrichi, le défendeur à l'action, qui cherchera à restituer une somme moindre que celle dont il a bénéficié, une somme plus petite que celle de 600.000 fr. dont s'est appauvri le demandeur et qui, par ailleurs, représente dans notre hypothèse, avec la valeur actuelle de la monnaie, le double de son appauvrissement.

Nous ferions volontiers, pour notre part, une assimilation parfaite entre ce cas d'enrichissement sans cause — où une somme déterminée représentée par l'appauvrissement d'une personne a augmenté la valeur du patrimoine d'autrui d'une valeur égale à l'appauvrissement — et le prêt d'argent ; car nous trouvons qu'exactement comme dans l'hypothèse d'un prêt d'argent, on doit faire application du principe énoncé dans l'article 1895 du Code civil français, et suivant lequel le débiteur doit rendre la somme numérique prêtée et ne doit rendre que cette somme dans les espèces ayant cours au moment du paiement.

De sorte que, quelque soit l'hypothèse, le montant numérique de l'appauvrissement doit être intégralement restitué, quoique, dans le dernier cas envisagé, cette restitution peut avoir une valeur moindre ou plus grande à cause des fluctuations monétaires; on ne peut pas échapper à la rigueur de ces fluctuations, nous trouvant dans le domaine extracontractuel (1).

Dans les trois exemples que nous venons de donner, et que nous avons puisés dans les très nombreux que la pratique quotidienne nous offre, les deux premiers se distinguent du troisième et c'est à dessein que nous avons porté notre choix de telle manière.

En effet, dans les deux premières hypothèses, il s'agit de quelques cas parfaitement nets dans lesquels il y a un enrichissement qui augmente la valeur d'un patrimoine et qui se trouve disparaître par la suite.

Dans la troisième, il s'agit d'un cas qui se présente, à coup sûr, bien plus rarement dans la pratique, mais qui néanmoins est susceptible toujours de se poser lors d'une crise économique.

Tandis que dans les deux premières, l'enrichissement a réellement disparu du patrimoine de l'enrichi, dans la dernière, il reste une somme d'argent qui, suivant la tournure que peuvent prendre les choses, suivant les deux faces du problème, peut représenter moins que le montant réel de l'appauvrissement ou beaucoup plus.

Tout cela importe peu. Nous estimons en effet que, des deux personnes en présence, des deux intérêts qui s'y

(1) En matière contractuelle, dans le contrat de prêt d'argent par exemple, lorsqu'il s'agit d'acquitter une dette issue d'un prêt d'argent, on peut fort bien stipuler le remboursement en francs-or, de sorte que le prêteur peut se mettre facilement à l'abri de l'éventualité d'une dévaluation du franc.

opposent, celui de l'appauvri doit, dans la grande majorité des cas, l'emporter sur celui de l'enrichi.

En effet, si l'enrichi se bornait à garder l'enrichissement procuré ou à en bénéficier modérément, en faisant des affaires assez raisonnables, c'est-à-dire des affaires dont le but immédiat n'était point la réalisation d'un profit dépassant de beaucoup les prévisions normales qu'un homme d'affaires expérimenté pouvait escompter, il est tout naturel de penser alors qu'à peu d'exceptions près, il aurait dû normalement conserver dans son patrimoine au moins le montant de l'appauvrissement et, par là même, rembourser intégralement le demandeur à l'action.

Quant aux quelques exceptions dont nous parlons, nous croyons pouvoir les restreindre uniquement à celles groupées sous la rubrique de l'imprévision. Ce seraient les exceptions qui tombent sous l'égide des cas fortuits ou de force majeure.

Mais, là encore, il y aurait beaucoup à discuter ; car, comme nous venons de le dire, la théorie de l'imprévision n'est admise qu'en matière administrative.

Si tout de même, faisant abstraction de cette chose, et suivant le courant d'idées qui tend à gagner toujours plus de terrain dans certains pays, comme la Roumanie par exemple, nous traduisions notre pensée intime en disant qu'une extension de la théorie de l'imprévision s'impose en matière civile, il nous semble qu'on pourrait mettre dans la balance des comptes ces quelques cas, par ailleurs extrêmement rares (1).

(1) On peut généralement ramener à quelques cas les hypothèses de force majeure. Ce serait l'inondation, une tombe d'eau, l'état de guerre, l'invasion, la révolution et le fait du prince.

Quant aux cas fortuits, on peut en considérer comme tels un

Mais, en dehors de ces cas où l'on touche à la force majeure et au cas fortuit, et où par conséquent nous estimons qu'on devrait tenir compte, exactement comme en matière contractuelle, du principe selon lequel nul ne saurait être tenu à l'impossible (article 1302 du Code civil français), en dehors de ces cas, l'enrichi doit rendre tout le montant de l'appauvrissement au demandeur à l'action.

C'est une solution qui nous paraît équitable au premier chef, parce que grâce à ce principe, l'appauvri serait mis à

incendie, l'éclatement d'une chaudière, les avaries de matériel, etc.

Cependant, si l'incendie a été provoqué par le feu du ciel par exemple, par conséquent par un événement extérieur, il devient un cas de force majeure.

Les cas de force majeure sont donc des événements d'origine externe, à l'exclusion des événements qui surgissent à l'intérieur de l'entreprise et qui ne constituent que des cas fortuits.

Par son caractère d'extériorité, dit M. Josserand, le cas de force majeure s'oppose au cas fortuit, c'est-à-dire à l'événement anonyme qui se produit à l'intérieur d'une entreprise, à l'intérieur du cercle obligatoire (Voir Josserand, *op. cit.*, t. II, p. 220, Paris, 1930).

Une difficulté assez grave se pose pour la question de savoir si une crise économique peut ou non constituer un cas de force majeure ou un cas fortuit.

Les opinions sont très divergentes et, si on voulait faire un tableau exact de ces opinions, on aurait sûrement beaucoup de peine.

Pour notre part, nous croyons que le problème présente deux faces complètement différentes et que les solutions varient suivant qu'on envisage l'une ou l'autre de ces faces.

Si la crise économique apparaît comme une conséquence inévitable d'une guerre, alors on doit faire application du principe que l'accessoire suit le principal.

Dès lors, si généralement la guerre est considérée comme un cas de force majeure, la crise économique qui en résulte presque toujours comme un corollaire nécessaire doit être considérée de même comme un cas de force majeure.

Si, par contre, après une période de grande prospérité, d'abondance générale et de surproduction, il s'en suit une période de misère, une crise due au premier abord au manque de débouchés, alors cette crise ne peut pas être considérée comme un cas de force majeure.

Il y a en effet des événements cycliques, qui se produisent à des intervalles presque réguliers et dont chacun doit tenir compte, car il s'agit bien là d'événements qui doivent rentrer dans le domaine des prévisions normales de chacun.

l'abri de toute tentative de dilapidation de la part de l'enrichi.

Cependant, même si l'enrichi avait les meilleures intentions envers l'appauvri, même s'il songeait à lui rendre en entier la somme dont il s'est appauvri, il se peut fort bien qu'il ne réussisse pas.

Il suffit de songer à cette hypothèse extrêmement simple par laquelle l'enrichi fait avec ses capitaux des affaires très sérieuses. Sans nullement être attiré par le mirage des gains extraordinaires, il place son argent dans l'entreprise d'un tiers. Les mauvaises affaires de celui-là et l'impossibilité de subvenir à ses engagements obligent ses créanciers à demander la faillite de leur débiteur.

Il est dès lors inévitable que l'enrichi se trouve à la masse de la faillite en concurrence avec les autres créanciers et qu'il ne puisse récupérer qu'une très faible partie du capital investi.

Il est par conséquent fort possible qu'au moment où l'appauvri, par l'action de *in rem verso*, cherche à obtenir ses droits les plus naturels, c'est-à-dire la somme dont il s'est appauvri et qui, par ricochet, a profité à autrui, cet enrichissement n'existe plus ou soit diminué.

Il y a enfin encore une hypothèse qui peut facilement se rencontrer, qu'on a rencontré même en 1908 et dont la solution n'est point à l'abri des critiques.

Il s'agissait de savoir si le sous-fermier d'un domaine qui y a apporté de nombreuses améliorations, peut réclamer au propriétaire le montant de ces améliorations effectuées lorsque leur importance est plus petite que celle des détériorations résultant du fait du fermier, le locataire principal.

La Cour d'appel écarta l'action du sous-fermier comme

inapplicable parce qu'il n'y avait pas d'enrichissement du propriétaire.

La Cour de cassation rejeta à son tour le pourvoi formé contre cet arrêt (1).

En voilà encore un cas entre mille autres, où nous considérons que le sous-fermier devait être totalement remboursé des dépenses qu'il a faites.

On nous reprochera qu'il ne s'agit d'aucun enrichissement enregistré par le défendeur à l'action, car, en fin de compte, il est mis en possession de son fonds dont la valeur se trouve être amoindrie.

On nous dira qu'il finit toujours par subir une perte et que, s'il était obligé de rembourser par-dessus le marché ce sous-fermier, sa perte n'en serait que d'autant plus grande.

C'est fort exact. Mais il ne faut pas oublier que le sous-fermier, agissant de la façon dont il l'a fait, a diminué les risques de perte qui pesaient sur la tête du véritable propriétaire.

Si, au lieu d'améliorer le terrain, il avait continué de l'exploiter, de tirer le maximum de bénéfice d'une exploitation dont un commencement de détérioration apparaissait, alors les pertes pour le propriétaire pouvaient être extrêmement grandes.

Grâce aux agissements du sous-fermier, les dégâts subis par le propriétaire sont encore relativement modestes.

De sorte qu'on pourrait soutenir, sans avoir trop de difficulté à le prouver, que le propriétaire devrait, non seulement restituer au demandeur la quotité dont il s'est appauvri, mais — plus encore — lui payer un supplément qui équiva-

(1) Voir l'arrêt de la Cour de cassation en date du 23 novembre 1908, S. 1910.1.425.

draît à une partie de l'enrichissement indirect procuré au bailleur.

Car, quoique cela puisse paraître paradoxal, il s'agit d'un véritable enrichissement ; seulement, s'il ne se traduit pas par un accroissement net et réel de fortune, il se traduit indirectement par une perte supplémentaire évitée.

C'est pourquoi, en face de la solution de la Cour de cassation, nous ne pouvons que dire avec M. Charmont que si la Chambre des requêtes a rejeté le pourvoi, c'est qu'elle s'est contentée de viser les constatations des juges du fait et de déclarer que leur décision était légalement motivée, que, par conséquent, dans cette question le rôle du juge du fond tend à prendre un caractère prépondérant (1).

Voilà pourquoi, après toutes les hypothèses que nous avons envisagées, nous considérons que cet appauvri, qui n'était nullement dans le tort, qui était mû par les intentions les meilleures et dont l'activité a été tellement profitable à autrui, ne doit pas subir les mauvaises conséquences des affaires que l'enrichi a entreprises et ne recevoir de son appauvrissement que tout au plus la somme qui subsiste dans le patrimoine de l'enrichi lors de l'exercice de l'action.

Et voilà pourquoi il nous semble que l'appauvri doit en tout état de cause récupérer la somme qu'il a perdue, sans nullement tenir compte du fait qu'elle a — peut-être — disparu du patrimoine du défendeur à l'action.

Mais, et c'est par là que nous touchons au second point de notre thèse, nous estimons qu'il faut non seulement que l'appauvri demandeur soit mis en possession de son

(1) Charmont J., *Enrichissement sans cause, Améliorations par un sous-fermier sortant*, article paru dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence* de 1911, paragraphe cité, p. 329.

appauvrissement, mais encore il faut lui attribuer une part au moins égale sur l'enrichissement supplémentaire, c'est-à-dire sur le profit net qui subsiste après avoir déduit la quotité égale à l'appauvrissement.

En effet, il nous paraît que cette conception moyenne entre les deux thèses tout à fait opposées qui se trouvent être en présence, est plus à même de répondre à tous les intérêts, avant et surtout à ceux de l'équité.

Ce serait nuire en quelque sorte à cet élément d'équité que d'attribuer tous les avantages, tous les fruits d'une activité, du travail persévérant d'une personne à une autre personne qui ne fait que les cueillir et empêcher — par ricochet — celle qui a déployé cette activité et qui a mis en œuvre tous les moyens dont elle dispose pour la rendre plus productive, de recevoir au moins une partie des bénéfices qui en résultent.

Il y aurait en somme trois façons de concevoir les choses.

Les considérer d'abord en suivant pas à pas la majeure partie des décisions jurisprudentielles.

Dans ce cas là, nous n'attribuerons rien à l'appauvri, rien sur le gain qui dépasse son appauvrissement.

C'est — comme nous l'avons dit — la solution la moins équitable.

On pourrait, en second lieu, suivre le système tout à fait opposé et dire avec M. Demogue qu'il serait juste de donner à l'appauvri tout ce qui résulte de son travail. Cette solution serait par ailleurs en concordance avec la théorie du risque ; car, si l'appauvri est le seul à devoir supporter le fardeau des pertes éventuelles entraînées par le fonctionnement de son entreprise, il doit être aussi le seul à en bénéficier de tous les gains.

Seulement, nous adoptons une troisième solution, une

solution moyenne, transactionnelle, et voici pourquoi :

En premier lieu, et nous en avons déjà parlé, si on attribuait le tout à l'appauvri, cela lui permettrait, l'encouragerait même d'étendre son champ d'activité au-delà des frontières de son patrimoine, cela lui permettrait de faire — même bien souvent — des incursions dans des patrimoines étrangers et d'y puiser des gains qui seraient bien entendu beaucoup plus petits si la sphère d'activité de chacun était bornée uniquement à l'intérieur de son patrimoine.

En outre, si quelqu'un ne se contentait pas seulement de concrétiser ses efforts dans son patrimoine à lui et si, par contre, il intervenait dans un patrimoine voisin, il empêcherait en quelque sorte le propriétaire de ce tiers patrimoine de faire des actes qui lui soient profitables.

Il le mettrait dans une sorte d'inaction qui ne serait due, on peut du moins le présumer, qu'au fait qu'il y avait déjà une certaine action entreprise à l'égard de son patrimoine et qu'il en attendait les résultats pratiques.

Or, si tous les bénéfices sont attribués à celui qui, attiré par l'appât du gain, s'ingère dans le patrimoine d'autrui, il en résulte un certain découragement pour les autres gens d'une bonne foi incontestée, il en résulte une méfiance certaine pour la mise en œuvre et la revalorisation de leurs avoirs.

Enfin, en dernier lieu, nous croyons qu'il serait légitime, surtout au point de vue social, de partager les bénéfices qui dépassent l'appauvrissement en deux quotités égales et d'en donner une à l'appauvri, l'autre à l'enrichi ; cela parce que grâce à ce système il y aura en même temps une conservation de valeurs dans les patrimoines et dès lors une stabilité de ces patrimoines, et il y aura ensuite un

accroissement de fortune concomittant, un agrandissement, une augmentation de ces différents patrimoines.

Socialement, chaque individu fera des actions utiles pour tous.

Les immixtions dans les patrimoines étrangers se produiront toujours.

Mais, et la différence est sensible, chacun sachant que le bénéfice créé par son activité sera partagé en fin de compte, toutes ces immixtions n'auront plus un caractère abusif.

En outre, ceux qui, grâce à leurs biens, ont donné la source d'un certain profit à un tiers ou ont procuré un rendement plus considérable à l'activité déployée par autrui, ceux-là auront l'avantage d'obtenir plus que ne pourrait leur fournir le taux d'intérêt légal de leur capital.

Enfin, pour la seule catégorie, d'ailleurs assez restreinte, où on serait en face d'un enrichi qui n'a pas fourni la moindre contre-prestation, d'un enrichi qui n'a fait absolument rien pour augmenter la valeur de son patrimoine et qui est devenu tel uniquement grâce à l'activité d'autrui, activité nourrie seulement par la bonne volonté et les possibilités de réalisation de l'appauvri — par conséquent en dehors de tout élément du patrimoine de cet enrichi — pour celui-là encore et généralement pour cette catégorie d'enrichis, nous trouvons qu'il est encore assez juste qu'ils gardent une partie de l'enrichissement et puissent en bénéficier.

Cela parce qu'on risquerait autrement de changer trop souvent la fortune de chacun, la valeur des patrimoines ; on établirait, à la suite de ces déplacements de fortune répétés, des différenciations trop marquées et trop denses concernant la constitution de ces patrimoines.

Ensuite parce qu'il s'agit en quelque sorte d'une situa-

tion acquise par un ensemble de circonstances heureuses, par un hasard favorable et qu'il importe de continuer autant que possible sur la bonne voie, une fois entr'ouverte. Cette continuation pourra se faire bien entendu si le bénéficiaire de cet enrichissement sait qu'en fin de compte il aura droit, en tant que plein propriétaire, à une partie de cet enrichissement et que dès lors il pourra faire de son mieux pour rendre à son tour de plus en plus productif l'enrichissement, le capital dont il a pu profiter.

C'est là, croyons-nous, un élément dont il faut tenir compte, car, grâce à une telle réglementation, on donne un encouragement à ceux qui, par leur nature, sont enclins plutôt à la passivité.

Sachant que l'enrichissement, ou du moins une bonne partie de cet enrichissement restera dans leur patrimoine, ils tâcheront de l'augmenter, ils vivifieront leur activité et ils développeront la circulation de leurs biens, de leurs capitaux, présentant ainsi une grande utilité sociale, car agissant conformément à l'intérêt collectif.

Voilà par conséquent quelle est, selon nous, la réglementation de cette action et comment le projet franco-italien sur les obligations aurait dû concevoir la question.

Ce projet, une fois introduit en Roumanie, devrait être complété par cette double formule qui résume facilement notre pensée et que nous considérons comme indispensable :

a) L'action *de in rem verso* doit être toujours recevable ; il suffit que l'appauvrissement et généralement la dépense (pour pouvoir ainsi étendre la formule aussi aux cas de gestion d'affaires et établir par là même une fusion étroite entre l'enrichissement sans cause et la gestion d'affaires),

aient été primitivement utiles ; peu importe du reste s'il en subsiste quelque chose au moment où l'action est intentée ;

b) Tout l'enrichissement qui dépasse la quotité de l'appauvrissement du demandeur appauvri doit faire l'objet d'un partage en deux quantités de valeur égale entre le demandeur et le défendeur à l'action.

Ce sont ces termes-là qui, étayés dans les textes du projet franco-italien sur les obligations, le rendraient beaucoup plus complet et aussi plus souple, car plus à même de sanctionner les rapports sociaux, toujours plus étroits, qui unissent les individus constituant la communauté d'aujourd'hui.

Seulement, la seule difficulté que présente le système que nous soutenons, c'est que l'action *de in rem verso*, envisagée de cette façon ne doit être que difficilement recevable.

Elle est en effet très élargie et très riche en conséquences ; elle donne la possibilité au demandeur de se voir complètement réintégrer dans ses dépenses ; même plus, elle lui offre la chance de quelque gain, peut-être même inespéré. C'est pour cela que son champ d'application doit être restreint, qu'elle ne doit être accordée qu'après une mûre réflexion.

Le rôle du juge sera, comme nous l'avons dit, plus complet ; il devra négliger pour un instant les notions proprement juridiques et pénétrer dans le domaine social et humain, là où se produit cette lutte perpétuelle entre les intérêts individuels et ceux de la collectivité .

C'est le juge, car ce serait impossible autrement, qui doit en dernière analyse savoir faire prévaloir l'intérêt général.

Pourquoi ? Parce qu'il ne suffit pas que chacun, agissant

de telle ou de telle façon, ait la conviction d'avoir agi conformément à l'intérêt social avant d'avoir agi pour son propre intérêt et puisse dès lors intenter une action grâce à laquelle il obtiendra le remboursement de ses déboursés.

Pour admettre une pareille solution, il faudrait que chacun d'entre nous sache délimiter exactement ses besoins par rapport à ceux de la communauté.

Et il faudrait que l'intérêt de cette communauté, l'intérêt social, correspondant au besoin collectif, prime l'intérêt individuel.

Mais, peut-on laisser à chacun le droit de dire quel est, selon son imagination, selon sa façon de concevoir les choses, l'intérêt général ?

Nul doute que si chaque être pris à part en tant que molécule de la collectivité pouvait se rendre compte parfaitement bien de toutes les exigences de la loi du bien-être général, si chaque être possédait à un degré suffisamment étendu le sens pratique et aussi celui moral de la discrimination entre les agissements qui lui sont nécessaires d'abord pour lui, pour son œuvre, et ceux qui sont ensuite réclamés pour la mise en fonctionnement de la grande entreprise collective, pour sa marche rationnelle et évolutive, nul doute — la nature humaine est foncièrement bonne ! — que chacun saurait se plier devant l'intérêt général.

Mais malheureusement, la civilisation de notre époque n'a pas atteint encore le point suprême où une communauté parfaite d'idées et de sentiments, forgée par les humains, soit le trait d'union qui les lie les uns aux autres.

Il existe encore à notre époque des différences sociales suffisamment foncières et très marquées.

Il subsiste encore, en second lieu, un manque d'instruction, même élémentaire, dans certaines classes de la société,

de sorte qu'il est parfois fort délicat de savoir délimiter certaines notions assez abstraites et fuyantes et qui, dès lors, exigent un raffinement intellectuel, une préparation *ad hoc*.

Et puis, faisant abstraction même de ces différences sensiblement puissantes d'une classe sociale à l'autre, il y a encore d'autres raisons qui nous empêchent de définir l'intérêt individuel d'abord, l'intérêt social ensuite.

Ce sont là, en effet, des notions dont chacun pourrait, à la rigueur, se tracer à soi-même le schéma et les principaux caractères, des notions que chacun peut ressentir, sans tout de même pouvoir en donner une définition bien assise.

Chacun connaît à peu près son intérêt personnel, et chacun sait quels sont les actes les plus avantageux pour lui, les agissements qu'il doit accomplir et qui lui donneront le maximum de rendement.

Mais, dès qu'il s'agit de comparer ces agissements faits pour soi-même, avec ceux qu'on devrait faire pour le bien-être de tous, dès qu'il s'agit de choisir entre les deux intérêts en présence et de faire triompher la loi de l'intérêt collectif, d'innombrables difficultés surgissent de tous les côtés.

En tout cas, la première et entre toutes la plus difficile est celle due au fait que chacun se fait une idée à part et toute différente de celle de ses semblables, de cette notion d'intérêt social et de devoir social.

En effet, si nous supposions que toute différence sociale ait disparu, et si nous imaginions tous les individus qui composent la collectivité humaine placés à un même degré d'instruction et de civilisation, il y aurait tout de même encore des différences flagrantes.

Et nous pensons qu'on n'est nullement dans le tort si on soutient qu'il y aura tant de façons différentes d'envisager cette question qu'il y a dans ce monde d'individus capables de réfléchir et de raisonner.

Si nous envisageons l'avis si autorisé de M. Demogue dans cette matière, nous trouvons ce passage extrêmement intéressant :

« L'idée du devoir social peut être comprise différemment par différentes personnes. La limite du devoir est imprécise.

D'autre part, ses explications peuvent donner lieu à des difficultés sans fin. Et il est plus malaisé de les aborder de front pour les résoudre que de présenter sur elles des vues ingénieuses ou même neuves.

Dans quelle mesure un intérêt intellectuel ou esthétique est-il préférable à un intérêt matériel ? Jusqu'à quel point faut-il sacrifier l'intérêt du présent à celui de l'avenir ? Quand un intérêt dit général n'est, somme toute, comme il arrive souvent, qu'un faisceau d'intérêts particuliers très faibles, considérés isolément, dans quelle mesure faut-il lui préférer l'intérêt d'un seul (1) ? »

C'est justement parce que l'idée que chacun se fait de la vie sociale, de l'intérêt supérieur de la collectivité, diffère d'un individu à l'autre, c'est justement parce que la vie sociale « aboutit fatalement à la formation d'une étiquette, c'est-à-dire au triomphe le plus complet du conformisme sur la fantaisie individuelle », que nous croyons qu'on se trouve avec cette matière en face d'un problème qu'on ne peut résoudre que si l'on fait appel à la nature profondément

(1) Demogue R., *Les notions fondamentales du droit privé*, p. 52, Paris, 1911.

intrinsèque de l'être humain, à l'instinct de chacun d'entre nous.

Cet instinct a ses exigences, ses lois établies pour et par chacun à sa façon.

Ces lois on ne peut nullement les méconnaître.

Bien entendu l'expérience joue, elle aussi, un rôle pondérant.

Le côté expérimental est à coup sûr le côté pratique par excellence de la vie. Et dès lors il paraît que c'est par l'expérience journalière que l'être humain arrive à se forger une idée bien ancrée dans son esprit de ce que c'est que la loi de l'intérêt général.

Augmenter chaque jour le domaine expérimental, se heurter tout le temps à des faits inédits, c'est, croyons-nous, la seule façon de pouvoir se faire une vue d'ensemble sur les données essentielles de la vie.

Mais il nous semble que, même envisagé sous cet aspect, le problème se résout autrement.

En effet, l'expérience elle-même ne trouve son existence que dans l'instinct humain. Elle est en quelque sorte étayée sur le vaste domaine du sens conscient.

Dès lors, le problème de savoir déterminer ce que le besoin général exige, ce que réclame le bien-être de tous, n'est en somme qu'un problème purement personnel et subjectif, étroitement lié à la méthode que chacun emploie pour la détermination de ses nécessités à lui, en un mot un problème strictement dépendant des agissements de l'instinct de chacun.

Et si, dans des matières comme celle-ci, dans des matières tellement importantes et tout de même tellement broussailleuses, il fallait établir une norme générale de conduite, une règle qui puisse guider chacun lorsqu'il s'agira d'une discrimination entre son intérêt et celui de la collectivité,

nous croyons qu'on se trouvera en face d'un problème dont les données seraient toujours les mêmes : d'une part l'égoïsme et d'autre part l'altruisme.

C'est uniquement en connaissant les lois inéluctables de l'une et de l'autre de ces deux données, en sachant toujours poursuivre la voie moyenne entre les deux et ne jamais en exagérer la portée, qu'on peut généralement estimer faire œuvre utile.

Naturellement, on ne pourra jamais trouver des solutions capables de contenter tout le monde, parce que d'innombrables difficultés surgiront de tous les côtés à cause du subjectivisme du problème.

Cependant, il ne faut pas conclure de tout cela qu'il y a une impossibilité absolue d'avoir une conception objective, une vue d'ensemble nettement indépendante, dégagée de toute coercition de l'esprit, sur la vie.

Mais, ce qu'il est important de savoir, c'est que le sens de la vie ne peut être conçu par chacun d'entre nous que subjectivement et que le droit doit se préoccuper de ces conceptions qui diffèrent d'un individu à l'autre et qui dès lors ne peuvent être que des images réelles et parfaites pour ceux qui les ont créées, imparfaites et erronées pour tous les autres esprits ; cela parce qu'il s'agit de certaines vérités extérieures, dont la connaissance reste douteuse.

Les choses paraissent très naturelles quand on pense que toute opinion, toute idée est « subjective par nature puisqu'elle doit nécessairement passer par un cerveau humain » (1) et quand on pense qu'elle ne traduit que la façon de concevoir d'une seule entité, qu'elle est l'extériorisation pratique d'une pensée individuelle.

(1) Demogue R., *Les notions fondamentales du droit privé*, p. 34,

De tout ce que nous venons de dire, on peut tirer cette conclusion que ce n'est pas l'individu, lui seul, qui, agissant en tant que demandeur à l'action *de in rem verso* élargie — à cette action qui va sanctionner à la fois tous les cas d'enrichissement sans cause et de gestion d'affaires — peut se rendre compte de la mesure dans laquelle il s'est conformé aux exigences du bien-être de tous et d'établir ainsi une sorte de proportion approximative entre son intérêt personnel et l'intérêt collectif qui étaient à la base de ses agissements.

C'est le juge, et lui seulement, qui doit centraliser dans son esprit toutes les données du problème, tous les angles, les plus divers, sous lesquels la question se pose, et tous les aspects qu'elle peut revêtir.

Préoccupé du point de vue juridique, il ne doit point négliger le côté social que présente le litige.

Et, si on voulait mettre le fondement d'une règle plus générale, d'une norme de conduite que le juge devrait se tracer, afin d'avoir un point d'appui certain pour les différentes espèces semblables susceptibles de se produire, nous croyons qu'on pourrait établir une formule, encore suffisamment imprécise et abstraite, qui devrait le guider dans sa pensée juridique et qu'on pourrait énoncer en disant que :

pour déterminer, au juste, ce que devrait être l'intérêt général par rapport à celui individuel et par quels moyens on pourrait atteindre l'idéal social, le magistrat doit — dans les différentes hypothèses où la question se pose — s'efforcer d'établir autant que possible une juste et puissante pénétration des sentiments nés d'un égoïsme raisonnable avec ceux dictés par un altruisme éclairé.

Tel est l'aspect sous lequel se présente pour nous l'ins-

titution de l'enrichissement sans cause comprenant dans sa sphère la gestion d'affaires et telle est la forme que doit revêtir l'action *de in rem verso* sanctionnant cette institution.

Enfin, telle est la manière dont on devrait, selon nous, compléter le projet franco-italien sur les obligations pour le mettre plus en harmonie avec les besoins sociaux qui apparaissent sous un jour nouveau depuis la date de sa rédaction et pour pouvoir vraiment lui consacrer le titre d'un des monuments législatifs les plus grandioses du monde civilisé.

CONCLUSION

Il importe maintenant arrivés à la fin de notre travail, de nous résumer et aussi de tirer la conclusion qu'impose le projet franco-italien sur les obligations regardé à travers l'évolution qui se dessine dans la société contemporaine, à travers le développement naturel des faits et des principes, des relations toujours plus étroites entre les diverses nations et de tout ce mouvement rythmique et perpétuel que la marche sociale et économique du monde engendre, mouvement qui doit nécessairement conduire à l'unification du droit privé entre les pays civilisés.

I

Nous avons critiqué, parce que nous avons trouvé comme non fondée, la position prise par les rédacteurs du projet franco-italien sur les obligations lorsqu'ils ont décidé d'abolir complètement la classification des sources des obligations, telle qu'elle résulte de la tradition romaine et telle qu'elle est généralement enseignée par la doctrine le long des siècles.

Et nous avons trouvé les reproches, dont cette classification fut l'objet, d'autant plus illusoires, que le projet franco-italien de Code n'apporte aucun remède à l'énumération destinée à remplacer la vieille classification.

Par conséquent, tout en maintenant, pour des raisons nombreuses (1), les principes dont on trouve des ébauches dans les anciens textes romains, nous avons insisté sur la nécessité qu'il y a de compléter l'ancienne classification en y ajoutant ces sources qu'on ne pouvait pas prévoir des temps romains et que les siècles seulement ont mis en évidence.

En second lieu, adoptant une attitude tout à fait opposée à celle du projet franco-italien, nous avons insisté sur l'importance qu'il y a de maintenir la notion de quasi-contrat dans le droit moderne, et plus encore de lui donner une extension toute particulière.

Par là même nous avons rejeté les arguments que les rédacteurs du projet franco-italien considéraient comme suffisamment péremptoires pour leur permettre de bannir du vocabulaire juridique une notion foncièrement ancrée.

Il nous a paru surtout curieux de concevoir qu'un des motifs qui doivent déterminer la suppression du quasi-contrat soit la confusion susceptible de se produire entre le contrat et le quasi-contrat.

Nous l'avons dit et nous le répétons, sans plus revenir sur les autres considérations qui nous font maintenir la distinction établie par Gaius entre les quasi-contrats et les contrats, que tandis qu'une obligation qui naît d'un contrat dérive d'un fait auquel au moins deux parties ont apporté un consentement généralement réfléchi, une obligation qui naît d'un quasi-contrat dérive d'un fait purement objectif auquel la loi attribue comme effet la naissance même de cette obligation.

Le contrat suppose par son essence l'accord de deux

(1) Voir *infra*, p. 28 et suiv.

ou plusieurs volontés ; le quasi-contrat exclut par définition même cet accord.

Prenant le contrepied du projet franco-italien, nous avons insisté longuement sur tout le processus historique de cette notion romaine, sur les fonctions qu'elle a remplies, sur sa qualité d'instrument juridique sans lequel certaines institutions, comme la gestion d'affaires, ne sauraient point trouver de fondement, enfin sur le rôle social qu'elle est appelée à jouer chaque jour davantage, rôle que M. Demogue a mis en lumière avec une force de persuasion incomparable.

Et c'est ainsi que nous sommes arrivés à la notion du quasi-contrat social.

Nous avons montré en quoi consistait ce quasi-contrat social, faisant valoir surtout le fait essentiel selon lequel des obligations peuvent naître par la seule volonté du créancier.

Par là même nous avons montré qu'il faut apporter certaines atteintes qui s'imposent nécessairement au système de l'autonomie de la volonté, qu'il faut abandonner certaines conceptions vieilles, réagir contre la domination de la volonté individuelle en droit privé et suivre le chemin tracé par la réalité pratique d'aujourd'hui.

En effet, de nos jours, chaque année sont promulguées des lois dans lesquelles le législateur règle lui-même des points essentiels dont les données étaient réservées autrefois à la libre volonté des parties.

Et les Codes les plus récents aussi bien que le projet franco-italien de Code des obligations ne peuvent que confirmer ce mouvement qui, selon nous, apparaît comme indispensable.

C'est ainsi que le B.G.B. allemand de 1900 et le Code

fédéral des obligations de 1911 autorisent le juge à réduire le montant de la clause pénale stipulée entre les contractants ; le Code suisse lui permet de même d'abaisser la commission stipulée par certains intermédiaires ; enfin le Code suisse dans son article 2, le Code civil français dans ses articles 1244 et 1374, le projet franco-italien sur les obligations dans son article 47, § 2, contiennent certaines dispositions grâce auxquelles le magistrat a le pouvoir de régler tous les points secondaires d'un contrat, à défaut d'accord entre les parties.

De sorte qu'aujourd'hui, quand la loi doit être simple et claire, quand le législateur doit suivre le chemin des nécessités sociales exactement comme il incombe au magistrat de suivre celui des coutumes et habitudes sociales, l'intérêt collectif doit être prédominant et la valeur de cet intérêt, aussi bien que sa mise en œuvre, doit primer — dans une discrimination qu'il n'est pas toujours facile à faire, — les normes individualistes.

Aujourd'hui nous pouvons dire à juste titre, avec M. Gorski, que « la valeur accordée par la législation française à l'élément personnel est plutôt une tradition, un décor, qu'une nécessité logique. Elle se rattache au dogme de la toute puissance des parties (art. 1134) qui ne subit qu'une seule limite : le vice du consentement, difficile à prouver, et pour cette raison appuyé de présomptions plus ou moins opérantes » (1).

Plus la vie en société se développera, plus les conceptions nouvelles triompheront, modifiant les anciennes institutions et les faisant apparaître sous un jour nouveau,

(1) Gorski Antoine, *Vers une législation simplifiée*, p. 8. Extrait des *Annales de droit commercial français, étranger et international*, 1927, n° 2.

plus on devra limiter la portée de l'élément individuel et par là même multiplier les brèches dans le système de l'autonomie de la volonté des parties, tel qu'il résulte de l'œuvre de 1804.

Démontrant ainsi les entraves qu'on est obligé d'apporter à l'autonomie de la volonté, nous avons mis en évidence le besoin qu'il y a de consacrer légalement la valeur des obligations nées par la volonté unilatérale du créancier ; nous sommes arrivés à la nécessité de ce quasi-contrat social faisant une sorte d'étude comparative.

En effet, lorsqu'on compare les données de la réalité existante avec les données de cette même réalité dans le passé, lorsqu'on arrive par avoir une vue d'ensemble assez complète et exacte entre une situation économique et sociale à deux époques différentes et qu'on aboutit à tirer de cette étude comparative des principes sociologiques définitifs ou évolutifs, il faut savoir bénéficier de ces principes en donnant aux nouvelles lois qu'on est en train de forger un fondement solidement assis, grâce à une extension très large du contenu de ces principes.

« La législation, dit Raoul de la Grasserie, est ou devrait être sociologique ; il suffit à la rigueur qu'elle le soit sans le savoir, mais il faut qu'elle le soit, sans quoi elle fera de très mauvaise besogne. Le législateur peut plutôt se passer d'être juriste, mais il doit se montrer orateur et sociologue, l'un dans son intérêt, l'autre dans l'intérêt général (1). »

Le législateur doit faire œuvre sociale et la loi doit être pratique. C'est ce qui lui a manqué jusqu'ici, car elle est en grande partie encore théorique.

(1) Raoul de la Grasserie, *Les principes sociologiques du droit civil*, p. 414, Paris, 1906.

« C'est là un legs funeste que lui ont fait les siècles passés » et dont le projet franco-italien sur les obligations n'a point cherché de se débarrasser.

Développant plus spécialement cette idée sociale qui se reflète dans cette notion de quasi-contrat social, nous avons par là même adressé des critiques au projet franco-italien ; car, éliminant du dictionnaire juridique le quasi-contrat sans nullement chercher de substituer à cette notion celle beaucoup plus imagée de quasi-contrat social, le projet franco-italien a gardé en quelque sorte la lettre subjective du Code de 1804, marquant dès lors sur ce point plutôt un recul.

En effet — nous le répétons, parce que c'est là une question qui nous semble importante au premier chef — la notion de droit subjectif, telle qu'elle se trouve à la base du Code Napoléon, est une notion purement métaphysique, qui ne peut plus subsister à notre époque.

Cette conception individualiste est destinée à disparaître aujourd'hui ; elle ne répond plus aux besoins sociaux qui se font sentir de nos jours.

Partout, dans tous les pays modernes, doit s'élaborer aujourd'hui un système juridique nouveau fondé, selon M. Duguit (1), sur une notion d'ordre purement réaliste et vraiment social : la fonction sociale.

Pris à lui seul, l'individu n'a aucun droit.

« Parler des droits de l'individu, des droits de la société, dire qu'il faut concilier les droits de l'individu avec ceux de la collectivité, c'est parler de choses qui n'existent pas. Mais tout individu a dans la société une certaine

(1) Duguit L., *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, p. 24, Paris, 1912.

fonction à remplir, une certaine besogne à exécuter. Il ne peut pas ne pas remplir cette fonction, ne pas exécuter cette besogne parce que, de son abstention, résulterait un désordre ou tout au moins un préjudice social. D'autre part, tous les actes qu'il fera contrairement à la fonction qui lui incombe seront socialement réprimés (1). »

Chaque individu, chaque groupe, doit accomplir sa fonction sociale. Une conception socialiste du droit doit se substituer à la conception individualiste traditionnelle.

La solidarité sociale, ou plutôt l'interdépendance sociale, loin d'être une doctrine appartenant à certains auteurs renommés, est un état réel des choses, un fait purement pratique, se manifestant grâce à certains éléments matériels comme la ressemblance entre les besoins des individus constituant le groupement social — ce qui leur permet d'assurer la satisfaction de ces besoins par la vie en commun — et aussi la différence entre les besoins des hommes composant le groupe social, différence dont les exigences sont satisfaites par les aptitudes variées et très diverses de ces mêmes individus vivant en société.

C'est surtout ce second caractère de l'interdépendance des individus, cette solidarité consistant dans ce fait que Durkheim appelle division du travail social, c'est cette solidarité qui constitue pour M. Duguit « l'élément fondamental de la cohésion sociale dans nos sociétés modernes très civilisées ».

La division du travail social, impliquant une division des fonctions, est en quelque sorte l'élément essentiel sur la donnée duquel doit s'étayer le droit dans sa marche évolutive.

(1) Duguit L., *op. cit.*, p. 24 et 25.

Une situation de droit n'a de force que dans la mesure où elle a un fondement social ; elle ne peut naître que d'un acte qui a lui-même le caractère social ; elle ne mérite protection que lorsqu'elle correspond à un but social.

Pour étudier le droit, il faut faire avant tout des observations sociales et abandonner toutes les conceptions métaphysiques vieilles et dès lors sans aucune réalité.

La victoire complète du réalisme, dit M. Duguit, est proche. Il faut définitivement bannir tout concept métaphysique de la science juridique comme de toutes les autres ; le progrès juridique est à ce prix.

Or, sur ce point, le projet franco-italien de Code ne marque aucun progrès, car il n'apporte aucun changement. Bien plus, nous dirions volontiers qu'il va à l'encontre de ce progrès lorsqu'il cherche à supprimer le quasi-contrat. De là nos critiques sur ce point et nos développements sur la fonction du quasi-contrat social.

Passant au chapitre de la gestion d'affaires — le quasi-contrat type — nous avons critiqué les termes de l'article 1372 du Code civil français et nous avons trouvé que la définition formulée par le Code Napoléon est à la fois incomplète et équivoque.

Nous ne revenons plus sur les arguments que nous avons fait valoir (1).

Par là même nous avons approuvé la nouvelle formule employée par le projet franco-italien sur les obligations et nous avons montré sa supériorité.

Cette formule est plus à même de répondre aux différentes nécessités que le fonctionnement de la gestion

(1) Voir *infra*, p. 100 et suiv.

d'affaires fait naître et elle traduit beaucoup mieux la véritable pensée juridique qui anime presque tous les auteurs.

Cependant, si la formule employée par l'article 61 du projet franco-italien nous a paru nettement supérieure à celle employée par les Codes civils français et italien dans leurs articles 1372 et 1141, si elle nous a paru supérieure surtout par le fait qu'elle a fait disparaître de la nouvelle définition le mot « volontairement », qui donnait lieu à des confusions nombreuses, nous avons trouvé qu'elle est encore insuffisante.

Nous avons dit que cette formule nouvelle présente un progrès, non pas parce qu'elle mettrait les bases d'une création scientifique, d'un principe rationnel inédit, mais seulement parce qu'elle rejette un système qu'on aurait dû mettre en brèche dès le moment de son apparition.

Tout de même, le progrès réalisé par le projet franco-italien nous paraît encore minime et cela parce que, tel qu'il est accompli, il ne représente qu'une simple amélioration de forme et que le fond même du problème que la gestion d'affaires soulève reste absolument le même.

C'est relativement à ce sujet que nous avons montré la défectuosité dans la rédaction de l'article 61 du projet franco-italien et la difficulté qu'on éprouve pour savoir quelle est la véritable pensée des auteurs dudit projet sur la question tellement débattue du rôle de l'élément intentionnel.

Au lieu de voir jaillir cette pensée dès la lecture du premier article du projet sur la gestion d'affaires, on est obligé d'aller la trouver de façon indirecte, en parcourant les différents articles sur la matière, dans l'article 65 du projet franco-italien.

Enfin, une fois cette pensée trouvée, elle ne nous a pas paru correspondre aux nécessités d'aujourd'hui ; c'est pourquoi, démontrant l'inutilité de l'*animus gerendi*, nous avons combattu, tout en étudiant cet élément à travers l'histoire, la position prise à cet égard par le projet franco-italien (1).

Par le système que nous avons préconisé, nous avons pu constater que notre point de vue était assez approché des idées de M. Demogue sur cette question ; car M. Demogue, sans totalement négliger la portée de l'élément intentionnel, ne veut point exagérer son importance, et, par un raisonnement très subtil, arrive à concevoir la possibilité qu'il y a de substituer, de suppléer à l'intention de fait une intention légale (2).

Cependant, pour les raisons que nous avons invoquées, nous avons conclu que l'existence et la preuve de cet élément intentionnel n'est d'aucune valeur.

De là, les reproches adressés au projet franco-italien qui n'a fait que se maintenir sur ce point dans les cadres d'une tradition en quelque sorte acquise.

Nous avons ensuite montré comment le projet franco-italien a réglé la question du paiement de l'indû qui n'est, pour nous, qu'une simple variante de l'enrichissement sans cause et dont les modifications apportées par ledit projet ne sont que de faible importance.

Mais la question qui nous a préoccupé longuement est celle de l'enrichissement sans cause et de sa réglementation dans le projet de Code franco-italien.

Il nous a paru utile d'étudier ce problème en même

(1) Voir *infra*, p. 110 et suiv. et surtout p. 220 et suiv.

(2) Demogue R., *Traité général des obligations*, t. III, p. 31-34.

temps que la gestion d'affaires et de le faire apparaître sous un jour nouveau.

Nous avons esquissé dès lors les ébauches d'une théorie inconnue de nos jours, la seule pourtant ayant la possibilité de concrétiser pratiquement les nécessités auxquelles doivent répondre, théoriquement, les deux institutions de gestion d'affaires et d'enrichissement sans cause.

Etudiant l'élément intentionnel, les diverses obligations que ces deux institutions font naître, leur fondement juridique et enfin la réglementation pratique des actions qui les sanctionnent, nous sommes arrivés à la conclusion qu'une fusion entre ces institutions est possible et nécessaire au premier chef ; cela pour des raisons multiples que nous avons indiquées et surtout pour éviter les confusions qu'elles font naître dans les esprits ainsi que pour faciliter la tâche du magistrat.

Nous avons examiné surtout le fondement juridique de ces deux institutions, convaincus qu'il serait beaucoup plus simple d'unir sous un même faisceau des institutions apparentées par leur origine et leur base juridique.

Nous avons parcouru les différentes théories qui ont vu le jour relativement à cette question et nous avons mentionné notamment la théorie de MM. Aubry et Rau qui rattachent le fondement juridique de l'action *de in rem verso* à l'idée de transmission de valeur d'un patrimoine à un autre patrimoine ; la théorie de M. Planiol qui parle d'une gestion d'affaires anormale ; la théorie de M. Ripert qui trouve le fondement de l'*in rem versum* dans l'obligation morale de l'enrichi de restituer son profit la théorie de MM. Ripert et Teisseire qui voient le fondement de l'*actio de in rem verso* dans l'idée du risque ; la théorie de M. Loubers qui fait valoir l'idée de profit, et la théorie

de M. Demogue pour lequel l'idée de base dans l'*actio de in rem verso* est constituée par la nécessité qu'il y a de maintenir les valeurs dans les patrimoines et par là même de faire régner une sorte d'équilibre entre les différents patrimoines.

Entre toutes ces théories, le point de vue de MM. Ripert et Teisseire nous a paru fort intéressant, mais c'est surtout de la conception tellement logique de M. Demogue que s'approche le système que nous avons défendu et selon lequel l'équité naturelle est le seul fondement très puissant de la gestion d'affaires comme de l'enrichissement sans cause.

Les opinions de MM. Ripert et Teisseire nous ont paru intéressantes surtout parce que la responsabilité basée sur l'idée du risque, telle qu'elle nous est démontrée par MM. Ripert et Teisseire, a le grand avantage d'être plus conforme aux tendances de socialisation qui doivent être aujourd'hui à la base du droit.

La mise en œuvre de cette espèce de responsabilité est la conséquence de la socialisation du droit.

L'activité de chaque individu, vivant en société, est un élément important de l'activité sociale.

La besogne qui en résulte profite à toute la collectivité, mais elle profite surtout à l'individu pris isolément.

Seulement le gros inconvénient de cette théorie, M. Demogue l'a montré très justement, consiste dans le fait que, telle qu'elle se présente, elle facilite trop les ingérences dans les patrimoines étrangers, étant même un stimulant puissant; cela parce que personne n'hésiterait à étendre son champ d'activité au-delà des limites de son patrimoine.

C'est pour cela que nous avons apprécié davantage la

théorie de M. Demogue, inspirée de cette idée pleine de bon sens qu'il faut garder une certaine égalité des fortunes et remédier au déséquilibre possible entre deux ou plusieurs patrimoines.

En effet, lorsque nous soutenons que l'enrichissement sans cause a exactement le même fondement que la gestion d'affaires, lorsque nous soutenons que l'équité naturelle est la loi commune de ces institutions, n'est-ce pas nous approcher sensiblement de la théorie de M. Demogue ?

Si l'équilibre entre deux patrimoines est rompu, ce n'est pas en vertu de cette loi d'équité qu'il faut le réparer ? Et dès lors, ce n'est pas cette notion d'équité qui sert de base à l'*actio de in rem verso* exactement comme elle sert de fondement à l'*actio negotiorum gestorum contraria* ?

Voilà donc pourquoi, après avoir envisagé les différentes opinions quant au fondement de l'*in rem versum*, nous avons conclu ici — comme pour la gestion d'affaires — en faveur de l'équité naturelle, de cette notion — abstraite peut-être ; elle est la seule à pouvoir répondre aux exigences de l'utilité sociale.

En vertu des mêmes principes d'équité, se basant sur cette même loi, nous avons trouvé une identité parfaite entre les obligations réciproques qui existent entre le gérant et le maître d'affaires d'un côté, entre l'appauvri et l'enrichi d'un autre côté.

Nous avons dit que, contrairement aux opinions généralement répandues, nous considérons que l'enrichissement sans cause produit, lui aussi, des obligations bilatérales.

Et, exactement comme dans la gestion d'affaires, nous avons démontré que dans l'enrichissement sans cause il y a certaines obligations qui pèsent sur l'appauvri.

Enfin, quoique cela puisse paraître paradoxal, nous avons

signalé que c'est toujours l'équité qui est la source principale des obligations de l'appauvri.

Ceci nous a amené à concevoir les termes d'un article que nous aurions voulu trouver dans le projet franco-italien sur les obligations et qui nous paraît indispensable dans l'évolution sociale d'aujourd'hui.

C'est dans ces termes que nous avons condensé aussi notre pensée concernant la valeur de l'élément intentionnel.

Et c'est ainsi que nous sommes arrivé à cette formule qu'une règle d'équité, profondément ancrée dans notre esprit, nous a imposée :

Celui qui, par ses agissements, abstraction faite de tout élément intentionnel, augmente nettement la valeur du patrimoine d'autrui ou fait naître seulement le commencement d'une certaine plus-value, contracte l'obligation de continuer en bon père de famille dans la voie sur laquelle il s'est engagé et cela dans la mesure où il ne nuit pas à ses propres intérêts.

Trouver une similitude entre les obligations qui naissent de la gestion d'affaires et celles, toujours bilatérales, qui naissent de l'enrichissement sans cause, ne point être retenu par l'élément intentionnel et envisager surtout le résultat final obtenu sur le terrain pratique, arriver enfin à une identité complète quant au fondement juridique des deux institutions, tel était notre désir.

Une fois ces ressemblances établies, nous avons tâché d'arriver à une réglementation encore inédite de l'*actio de in rem verso*.

Nous avons critiqué, car nous trouvons bien insuffisantes, les réformes que le projet franco-italien a apportées sur cette question.

En effet, et nous l'avons dit, il s'est contenté d'établir une règle que la jurisprudence de presque tous les pays et de tous les temps ainsi que les Codes les plus récents ont formulée.

Le véritable progrès ne consiste pas dans le fait de consacrer légalement des vieux principes, acquis unanimement par une pratique séculaire ; au contraire, le véritable progrès consiste à mettre en concordance ces principes avec les contingences d'aujourd'hui.

Or, sur ce point, le projet franco-italien ne constitue qu'un commencement de progrès.

Tel qu'il est formulé, le principe de l'article 73 du projet franco-italien — nul n'a le droit de s'enrichir injustement aux dépens d'autrui, — est en quelque sorte désaxé.

C'est pour cela qu'il nous a paru utile de montrer comment on devrait compléter le dit projet et régler le fonctionnement de l'*in rem versum*.

Pour atteindre ce résultat, nous n'avons considéré que l'intérêt pratique et nous nous sommes guidés uniquement par les exigences de l'utilité sociale.

Trop de science, disait à juste titre un remarquable sociologue, nuit, lorsqu'elle n'est pas nécessaire.

Et il ajoutait encore :

« Il faut se défier de trop d'érudition ; ce qu'il faut consulter, ce sont les gens spéciaux pour la loi qui les concerne, et aussi le grand public, car les premiers ont trop souvent intérêt à maintenir le *statu quo* à leur profit. Puis il faudra légiférer et juger pratiquement. La pratique est d'ailleurs un guide sûr ; elle fait tomber les illusions de la théorie, en descend les ambitions et les orgueils nuisibles et ramène

au point le travail législatif qui n'est qu'un travail comme un autre (1). »

La doctrine, qu'il est fort utile de connaître, est aussi souvent un obstacle, un écueil puissant qui s'oppose à certaines décisions qui nécessiteraient une solution rapide.

Elle cultive le doute et fait naître le scepticisme dans le mouvement de la pensée de ceux qui sont sûrs de la valeur péremptoire de leur raisonnement ; cela surtout parce qu'il y a des hypothèses où l'on est en présence d'innombrables systèmes juridiques qui se sont échafaudés sur une question déterminée et dont l'antagonisme des conclusions n'est point pour faciliter une décision à prendre.

Or, tout cet échafaudage de doctrines et de controverses n'a en réalité pour résultat, M. Gorski l'a très justement remarqué, que de creuser un abîme entre le monde des légistes et les nécessités pratiques de la vie.

Poursuivant justement le but de trouver les moyens les plus appropriés pour satisfaire à ces nécessités, nous avons essayé de montrer sur quelle base on devrait faire fonctionner l'*actio de in rem verso*.

De tous les systèmes que nous avons esquissés, celui de M. Demogue est encore celui envers lequel nos penchants se dessinent.

Notre point de vue en diffère cependant, car nous n'admettons point ni le principe suivant lequel on ne peut demander jamais plus que l'enrichissement subsistant au moment où l'action est intentée, ni le principe suivant lequel on ne peut jamais obtenir plus que l'appauvrissement.

Ces règles nous ont paru tout à fait iniques et c'est pourquoi nous avons considéré qu'il est équitable que l'*actio*

(1) Raoul de la Grasserie, *op. cit.*, p. 416.

de in rem verso soit toujours reçue quelque soit le sort de l'enrichissement une fois procuré.

Nous basant sur le même principe d'équité, nous avons conclu qu'en ce qui concerne le calcul qu'on doit faire, tout le supplément qui subsiste après qu'on aura déduit l'appauvrissement, doit faire l'objet d'un partage en deux quotités égales entre l'appauvri et l'enrichi (1).

Enfin, comme la nouvelle *actio de in rem verso* est beaucoup plus riche en conséquences, à cause justement de sa réglementation, comme elle est destinée à sanctionner les deux institutions à la fois — car toutes deux fusionnées en une seule institution beaucoup plus importante — et comme chaque problème ne peut être envisagé de nos jours qu'en rapport avec les répercussions sociales qu'il aura, nous avons cru nécessaire, en terminant notre travail, de mettre en évidence l'idée selon laquelle le pouvoir du magistrat devrait être agrandi dans cette matière.

Dans les matières civiles, à défaut de loi précise, le juge est un ministre d'équité, cette équité étant bien le retour à la loi naturelle ou aux usages reçus dans le silence de la loi positive (2).

A l'ombre de ces quelques critiques, qui ne représentent point des objections insurmontables, le projet franco-italien du Code des obligations et des contrats représente incontestablement le mieux cette idée directrice qu'on trouve à la base de l'œuvre entreprise par les rédacteurs du Code civil français et qui consiste à consolider le droit épars en le systématisant (3).

(1) Voir pour plus de détails *infra*, p. 300 et suiv.

(2) *Projet de Code civil*, Livre préliminaire, titre V, art. XI.

(3) Capitant, *Un projet de Code international des obligations et des contrats*, dans le *Bulletin de la Société de Législation comparée roumaine* de 1930, p. 8.

Dès lors, introduire ce projet en Roumanie, c'est faire œuvre vraiment nécessaire ; mais l'introduire, après qu'on aura fait les quelques retouches dont nous avons parlé, c'est faire réellement un travail utile ; c'est approcher un peu plus le domaine de l'équité qu'on cherche de génération en génération depuis le préteur romain et jusqu'à nos jours et que le projet franco-italien sur les obligations n'a pas découvert entièrement.

Cette équité, il faut la trouver ; à travers l'histoire qui porte dans son ensemble des germes d'évolution progressive et aussi dans ses contingences des obstacles, il faut savoir se diriger vers l'acquisition complète de cette idée.

Et alors, lorsqu'on aura approché le point culminant, ce ne sera plus, comme le remarque Raoul de la Grasserie (1) à la sociologie dynamique pure du droit, mais à la sociologie appliquée de réaliser son triomphe définitif.

II

Quels sont les avantages du projet franco-italien sur les obligations et les contrats au point de vue de l'unification internationale du droit privé ?

Le projet franco-italien sur les obligations, unifiant complètement la législation des deux pays sur une partie tellement importante du droit, ne fait que resserrer les liens qui unissent la France et l'Italie par l'adoption d'un Code presque identique.

(1) Raoul de la Grasserie, *Synthèse de l'évolution du droit dans la législation et la jurisprudence*, article paru dans la *Revue internationale de Sociologie* de 1906, p. 296.

A lire les belles pages de Chironi (1), on voit que, même avant qu'eût été formé le droit qu'allait proclamer pour chacun la révolution française, les principes de ce nouveau stade de civilisation et les doctrines des encyclopédistes avaient conquis les esprits les plus élevés de l'Italie.

Partout les esprits étaient ouverts et les intelligences prêtes à recevoir les idées qui devaient tracer à l'humanité tout entière les voies nouvelles d'un avenir meilleur.

Et ces idées, étayées le long du Code civil français, ces idées de la liberté et de l'égalité des personnes, de la sainteté de la famille, de l'inviolabilité de la propriété et de l'autonomie de la volonté, ces idées qui donnaient au Code civil français une raison de vivre inébranlable, étaient en même temps suffisamment puissantes — parce que foncièrement solides — pour réglementer et mettre en harmonie les différents rapports du droit dans les différentes parties du monde.

Dès lors, le Code civil français devait exercer une force d'attraction d'autant plus grande, au point de vue du fond comme de la forme, dans des pays comme l'Italie et la Roumanie où le droit commun s'est développé lentement sur la base de la loi romaine et où les peuples ne pouvaient voir dans les textes du Code civil français que leur propre droit, les lois locales n'ayant qu'une valeur subsidiaire par rapport aux lois romaines.

En effet parmi les peuples des races romaines, il y a incontestablement une unité juridique édifiée sur le Code civil français.

Les décisions de la Cour de cassation française, dit à

(1) Chironi, *Le Code civil et son influence en Italie*, dans le *Libre du Centenaire*, t. II, p. 763 et suiv.

juste titre Carl Crome, ont dans ces pays presque autant d'autorité que celles des tribunaux indigènes et influencent visiblement celles-ci (1).

Tous ces peuples là — on peut l'affirmer pour la Roumanie exactement comme le fait Chironi pour l'Italie — tous ces peuples ont eu à nouveau, par l'adoption du Code civil français, la sensation de leur origine antique et il leur sembla voir dans le Code civil se reconstituer l'unité des races latines et se réaliser le triomphe de la tradition romaine.

C'est pour cela qu'il nous paraît impossible de mettre les bases d'un mouvement législatif qui soit limité uniquement à la France et à l'Italie.

On ne peut pas — la tradition juridique et les données d'un même avenir s'y opposent — laisser en dehors de ce mouvement un pays comme la Roumanie et en général comme tous les pays latins.

L'adoption successive durant le xix^e siècle des Codes français en Roumanie, n'est qu'une conséquence naturelle de l'influence française, influence qui s'est accentuée fortement depuis 1804, avec l'éclat de l'Empire et le triomphe en Orient de la politique et de la diplomatie françaises.

Elle s'imposa définitivement avec le traité et la convention de Paris, avec le prestige du Second Empire, protecteur de l'idée roumaine (2).

Le Code civil roumain, à peu d'exceptions près, est resté intact jusqu'à présent ; et il est très probable qu'à l'heure actuelle, où le problème de l'unification législative à l'intérieur du pays gagne chaque jour plus de terrain, il

(1) Carl Crome, *Les similitudes du Code civil allemand et du Code civil français*, article paru dans le *Livre du Centenaire du Code civil français*, p. 587 et suiv.

(2) Dissescou C. G., *L'influence du Code civil français en Roumanie*, dans le *Livre du Centenaire du Code civil*, t. II, p. 855.

est très probable que ce soit toujours la législation de l'ancien royaume qui servira de guide dans la majeure partie du Code civil de la Roumanie d'après-guerre.

Or, cette législation de l'ancien royaume est profondément calquée sur l'œuvre monumentale de 1804, œuvre dont la puissance de prévision et l'efficacité étaient telles qu'on en avait presque, selon l'expression de Dissescou, une foi superstitieuse.

Mais, plus encore, la Roumanie n'a pas été liée à la France uniquement par le fait d'avoir emprunté un système juridique sachant répondre aux nécessités sociales assez changeantes de plus d'un siècle.

En effet, entre les pays latins il y a bien d'autres fondements juridiques analogues ou presque, sans plus parler de nombreuses similitudes d'ordre moral, qui ne peuvent que faciliter et rendre toujours plus nécessaire le rapprochement.

Ainsi la supériorité de l'esprit français ne s'est pas montré uniquement par l'adoption du Code de 1804.

C'est toujours le même esprit français qui a servi d'aiguillon lorsqu'il s'est agi d'établir le fondement du Code de commerce roumain. Et réellement on a adopté en Valachie le Code de commerce français en 1839. Certes, il devait être abrogé plus tard et remplacé par le Code de commerce italien dès 1887.

Mais cela prouve justement le fait essentiel que nous tâchons de mettre en lumière, la nécessité qu'on a éprouvée toujours de se maintenir dans le cadre de la tradition latine.

En effet, si on s'est décidé d'établir les bases d'un Code des obligations commun à la France et à l'Italie, il ne faut

pas y voir uniquement les avantages d'ordre économique, moral, social et juridique qui en résulteraient.

Il faut songer en même temps que les juristes des deux pays ont cru nécessaire d'apporter certains changements aux Codes en vigueur, justement parce qu'il s'agissait d'une seule œuvre qui a servi de modèle aux deux pays, que cette œuvre a un peu vieilli et qu'il fallait savoir la compléter par certaines dispositions et institutions que les changements matériels et spirituels, presque semblables dans les deux pays envisagés, ont fait valoir à travers les temps.

Dès lors, un problème analogue se pose avec acuité en Roumanie.

Là aussi, comme nous l'avons indiqué, le Code civil français de 1804 a servi de modèle pour la promulgation du Code roumain.

Là aussi on voyait dans le Code civil français le dernier mot de la science, le révélateur du droit (1).

Et nul doute que là aussi, par le même héritage spirituel, par le même intérêt qu'il y aurait à conserver ce patrimoine latin, par les mêmes aspirations qui ont nécessité les mêmes luttes séculaires, par les mêmes changements sociaux qui fatalement doivent aboutir à une même façon de considérer les données du problème qui se présente, en un mot par le désir d'atteindre un même idéal, nul doute que là aussi une révision, un rajeunissement des Codes s'imposent.

Entre les peuples français et italien, il y avait des parentés qui se sont traduites juridiquement par l'adoption des principes similaires.

(1) Dissescou C. G., *op. cit.*, p. 879.

La valeur de ces principes n'est plus aussi puissante qu'elle n'était il y a cent ans.

C'est pourquoi les jurisconsultes des deux pays ont décidé de mettre en harmonie ces principes avec les exigences de la réalité d'aujourd'hui.

En effet, le travail du législateur doit consister partout, comme l'a très bien dit M. Lévy-Ullmann, dans une traduction en verbe juridique de l'état de la société au moment où il codifie (1).

Or, en Roumanie, nécessairement les mêmes transformations se sont accomplies. Les mêmes nécessités se sont fait jour ; et on le voit très bien quand on lit la lettre que le garde des sceaux de Roumanie a adressée le 20 juin 1930 au premier président du conseil législatif roumain, lettre par laquelle il lui demande de donner son avis, en conformité avec les dispositions de l'article 81 de la loi d'organisation dudit conseil, sur le projet franco-italien du Code des obligations et des contrats.

Le ministre de la Justice y joint le rapport de la Commission franco-italienne et l'exposé des motifs.

On distingue de façon très nette la pensée dominante qui a animé cet exposé quant on y lit que la révision totale ou partielle du Code Napoléon a été demandée sans cesse durant le laps de temps qui s'est écoulé depuis son entrée en vigueur.

On y reproduit la phrase du professeur Ziler suivant laquelle un Code doit être soumis de temps en temps à de nouvelles critiques pour être mis en concordance avec les progrès du siècle, avec le degré de culture et généralement

(1) Lévy-Ullmann, Discours sur le Code civil, paru dans la *Revue internationale de l'Enseignement* de 1904, p. 132.

avec toutes les circonstances qui pourraient être changées.

L'histoire des législations montre que la matière des obligations et des contrats présente le caractère de stabilité et de fixité. Les dispositions que la théorie des obligations englobe ont un caractère purement technique qui s'est perfectionné avec le temps sans avoir subi des modifications depuis le droit romain et surtout depuis le Code de 1804.

C'est à coup sûr ce qui a déterminé M. Larnaude de proclamer sa foi dans la possibilité d'un droit uniforme pour tous les pays en ce qui concerne la matière des obligations.

Dès lors l'adoption du projet franco-italien en Roumanie ne pourrait que renforcer et faire progresser l'idée d'une unification législative commune en droit privé.

Comme le projet franco-italien s'est contenté surtout d'apporter des améliorations de forme, sans toucher au fondement des principes dirigeants en cette matière, comme il s'est borné à moderniser et à fortifier dans certaines parties ces principes par une compréhension plus complète des nécessités sociales, comme il a mis une base solide à quelques nouvelles institutions que les besoins communs des deux pays ont créé et auxquels la pratique jurisprudentielle de Roumanie, traduisant ces mêmes besoins, a fait une large place, enfin, comme les rédacteurs du projet franco-italien ont pris pour modèle et se sont servis des législations les plus récentes pour compléter et pour rendre plus systématiques les principes en vigueur, en France comme en Italie, il est tout naturel qu'un tel projet soit introduit presque dans son ensemble en Roumanie.

Nous disons presque dans son ensemble, parce qu'il y a certains points sur lesquels le projet ne semble pas avoir marqué un progrès et il y en a d'autres sur lesquels le

progrès qu'on aurait pu réaliser est incontestablement bien plus grand.

Nous les avons signalés les uns comme les autres, de sorte que nous n'y revenons plus.

Introduisant le projet franco-italien en Roumanie, nous agirons par ailleurs conformément au but poursuivi par les rédacteurs du projet franco-italien sur les obligations, but qui a été mis en évidence par l'exposé des motifs que le ministre de la Justice, tâchant d'adopter ledit projet, a envoyé au Conseil législatif :

« Respectant les traditions juridiques séculaires, ne
« sacrifiant point la précision et la clarté des formes du
« Code napoléonien, empruntant aux codifications nouvelles les théories et les systèmes que la doctrine et la
« jurisprudence de tous les pays a élaborés pour satisfaire
« les besoins des justiciables, laissant de côté les préoccupations nationales ou doctrinales, le but poursuivi par la
« Commission franco-italienne est de former un projet qui
« puisse servir de modèle à tous les pays. »

Et on ajoute : « Ce but là a été atteint. »

Voilà dès lors pourquoi nous ne pouvons pas passer sous silence le problème de l'adoption roumaine du projet franco-italien sur les obligations.

On ne peut pas laisser en dehors du courant d'unification législative entre la France et l'Italie, un pays comme la Roumanie qui leur est lié par des attaches indissolubles.

L'introduction du projet franco-italien en Roumanie ne serait qu'une voie utilement tracée sur un chemin constructif.

Après la Roumanie, il y a bien tous les autres pays latins auxquels le Code civil français a servi de base et qui devront à leur tour s'engager sur cette voie ; car les chan-

gements apportés par ledit projet ne seront pas nécessaires uniquement en Italie, mais, bien au contraire, dans tous les pays guidés par la pensée latine, pensée traduite en grande partie par le Code civil de 1804.

Partout, dans tous ces pays latins, où on a copié le Code civil presque à la lettre, le milieu social s'est modifié. Les Codes en vigueur, sans devenir pour cela un obstacle au progrès nécessaire, sont demeurés des instruments assez souples auxquels il s'agit d'apporter des modifications.

Pour faire ces modifications, ces réformes, il faut procéder par voie de réforme partielle, modérément et avec précaution (1).

Dans tous les pays latins, en France comme en Italie, en Roumanie comme en Espagne, au Portugal, comme dans la Suisse romande, et même au-delà des frontières de l'Europe, dans tous les pays latins, le véritable droit, la raison écrite, reste foncièrement solide ; partout l'esprit latin du Code civil français jaillit avec éclat.

Il y a tout de même, comme on l'a dit, des institutions qui ont trop vieilli ; et il y en a d'autres qui n'ont point été réglementées.

Se référant aux réformes nécessitées en 1904, juste cent ans après la promulgation du Code Napoléon, M. Larnaude s'exprimait en termes suggestifs qui ne sauraient aujourd'hui, lorsque des bouleversements inconnus du xix^e siècle se sont produits, qu'être corroborés par des termes analogues imbus d'une pensée identique (2).

(1) Planiol, *Inutilité d'une révision générale du Code civil*, article paru dans le *Livre du Centenaire*, t. II, p. 963.

(2) Larnaude : « Il faut bien reconnaître, que notre instrument juridique (le Code 1804) est un peu démodé, un peu archaïque. Si les principales institutions qu'il a consacrées sont encore debout, solides et fermes malgré les retouches qu'on leur

Le projet franco-italien sur les obligations réalise justement une grande partie des retouches que l'on devrait faire à l'œuvre napoléonienne et à celle des pays qui ont imité cette œuvre presque à la lettre.

Certes, il reste encore beaucoup à faire ; ce projet n'est point à l'abri de toute critique. Nous avons suffisamment démontré, dans la partie où nous l'avons envisagé, comment on devrait le compléter pour le faire passer du stade où il se trouve actuellement et qui ne représente qu'un commencement d'évolution, à un stade de développement plus constructif, de véritable progrès.

Et nul doute que dans certains pays dont nous avons parlé, les Codes civils très récents, comme le Code allemand de 1900, comme le Code fédéral des obligations de 1911 et comme le Code brésilien de 1917, envisagent les institutions nouvelles et certaines des solutions que le projet franco-italien sur les obligations fait valoir.

Bien plus, ce projet s'est largement inspiré de ces différents Codes et des problèmes nouveaux qui s'y trouvent réglementés ; il a puisé de même dans toutes les législations nouvelles et pas uniquement dans les législations latines les éléments essentiels et inédits dont l'ensemble paraissait d'une réelle utilité aux rédacteurs de ce projet.

De sorte qu'il constitue actuellement une sorte de tout

fait subir tous les jours, elles ont cependant perdu leur forme et leur netteté de contours primitifs. Il y a du vieux et du jeune en elles. Une grande bigarrure a succédé à la belle et pure ligne qui les caractérisait à leur naissance. Cette bigarrure ne nous choque point, parce qu'elle s'est produite insensiblement. Elle s'est produite et développée sans que nous nous en soyons en quelque sorte aperçu. Il faut des fins yeux de juriste pour la deviner. Elle n'en existe pas moins et constitue une cause de faiblesse, aussi bien à l'intérieur qu'à l'extérieur. » (*Le Code civil et la nécessité de sa révision*, article paru dans le *Livre du Centenaire*, t. II, p. 929.)

homogène susceptible de trouver une application immédiate dans tous les pays unis par le trait de la latinité.

Mais, plus encore, l'unification législative entre les pays latins facilitera et encouragera l'unification du droit entre tous les pays civilisés.

En effet, presque partout le droit des obligations est le même quelle que soit l'origine des pays.

Tous les Codes civils des pays latins suivent, en ce qui concerne la théorie des obligations et des contrats, le Code civil français de 1804 qui, à son tour, suit le droit romain sous la forme que lui avait donnée en France Pothier.

Mais en dehors des pays latins, les autres pays en font presque autant.

Selon Crome, le Code civil allemand est aussi fortement pénétré du droit romain dans cette matière ; la pensée des rédacteurs du Code civil allemand a été dominée par les principes d'Ihering, principes suivant lesquels il importe de considérer le droit romain comme une transition vers quelque chose de plus élevé.

Le droit des obligations, dit encore le D^r Stern, plus que toutes les autres branches du droit, montre la plus grande ressemblance dans tous les temps et chez tous les peuples (1).

Généralement, selon le nouveau B. G. B. allemand de 1900, le droit des obligations et des contrats, à peu d'exceptions près, est le même dans la législation allemande que dans celle française. Qu'il s'agisse des prescriptions relatives à la nature générale des obligations et des contrats, à leur source, à leur objet, à leurs effets et aux différents modes d'extinction, partout la règle de l'équité et la prédominance de la bonne foi, ces deux éléments indispensables

(1) Stern Jacques, *Der Universalgedanke im Recht*, p. 9.

constituant les principes conducteurs dans cette matière, étant d'un usage semblable, doivent donner des solutions analogues.

Et de même qu'en Allemagne il y a bien d'autres pays où la matière des obligations ne diffère point de ce qui lui est consacré par le Code civil français de 1804.

Ainsi, lorsqu'en 1879 Laurent fut chargé de préparer un avant-projet de révision du Code civil en Belgique, dans le travail complet qu'il rédigea en 1885, il conserva le système général et la plupart des principes fondamentaux du Code civil français.

Il n'a fait que le mettre au point en faisant disparaître les obscurités, les erreurs, les omissions et les anachronismes, dont 80 années d'application, de controverse et d'évolution avaient démontré l'existence (1).

Et Hanssens, faisant en quelque sorte un tableau des changements qu'on a apportés au Code civil de 1804, ne s'arrête point à la matière des obligations, ce qui prouve une fois de plus une similitude dans la façon de concevoir le droit des obligations entre la France et la Belgique.

On peut citer bien d'autres pays encore pour voir qu'il existe une sorte de compénétration de toutes les législations, inspirées presque toutes par le Code Napoléon et pour voir surtout comment le droit des obligations est partout le même.

Il suffit pour cela de lire les divers articles écrits par les jurisconsultes les plus éminents de tous les pays à l'occasion du centenaire du Code civil.

(1) Hanssens, *Le Code civil en Belgique*, article paru dans le *Libre du Centenaire*, t. II, p. 682.

C'est ainsi que M. Asser (1) dit très nettement que lorsqu'on a composé le livre III du Code néerlandais, comprenant le droit des obligations, on a adopté en règle générale les principes du droit romain, de sorte que la législation des Pays-Bas ne s'est pas beaucoup écartée du droit français.

Il y a bien entendu quelques petites différences qui subsistent **et** qui ne constituent, on peut le dire, qu'autant d'exceptions qui confirment les principes généralement admis.

On peut rappeler aussi l'article de M. Goraï sur l'influence du Code Napoléon sur le Japon.

Bien que le Code japonais de 1896 et 1898 adoptât le plan général du Code civil allemand, M. Goraï dit que le Code civil français a exercé au Japon une influence dont le bénéfice durera aussi longtemps qu'existera le Code actuel (2).

Inutile de mentionner encore l'opinion de M. Mignault qui montre nettement tout ce que son pays, le Canada, doit au Code civil français.

On n'a fait au Canada, dit-il, qu'imiter la rédaction du Code français, tout en mettant à profit les observations critiques des différents commentateurs.

De tout cela il résulte clairement que le projet franco-

(1) Asser C. D., *Le Code civil dans les Pays-Bas*, article paru dans le *Livre du Centenaire*, p. 838.

(2) Goraï, *Influence du Code civil français sur le Japon*, article paru dans le *Livre du Centenaire*, p. 590.

« Si on considère le bénéfice de la liberté dont la constitution japonaise fait jouir le peuple, celui de la fraternité par laquelle le Japon est traité comme un pays civilisé dans le monde, bien qu'il soit un pays non chrétien, et enfin celui de l'égalité que le Code civil français a donnée à notre société, on sera surpris de l'influence considérable que la révolution a exercée dans un pays de l'Extrême-Orient. »

italien sur les obligations, une fois qu'il aura été introduit en Roumanie, une fois qu'il aura trouvé une application toute naturelle dans tous les pays latins, pourra être adopté par tous les Etats, même de droit d'origine différente, tous les Etats entre lesquels jouent les règles de la *comitas gentium*, règles qui constituent les principes dirigeants de leurs rapports mutuels.

Il résulte surtout qu'en ce qui concerne cette partie tellement importante du droit, la partie des obligations et des contrats, on peut se hasarder sur le chemin de l'unification.

Il résulte enfin qu'un acheminement net vers le droit mondial des obligations doit nécessairement se dessiner.

En somme, tous ces pays ont vécu, surtout dans la matière des obligations, la réception du droit romain qui a imprégné les mœurs juridiques de tous d'une même couleur, d'un même fluide.

Peut-être même — la remarque de Carl Crome est pleine de logique — cette influence romaine s'est exercée pour la France dans une mesure plus petite que pour bien d'autres pays, parce que la France, par son origine latine, avait moins besoin du baptême des idées juridiques romaines que des pays comme l'Allemagne par exemple, jusqu'alors moins en contact avec de semblables influences.

La réception du droit romain a été plus puissante en Allemagne que dans tous les pays de l'Europe (1).

« Ainsi s'est réalisé ce curieux résultat que finalement, au ^{xix}^e siècle, le droit commun allemand avait une structure beaucoup plus romaine que le droit français (2). »

(1) Stern Jacques, article cité, p. 10.

(2) Carl Crome, article cité, p. 689.

On a en sorte dans l'ensemble du droit de tous les peuples une influence prépondérante qui se fait nécessairement sentir dans les différents systèmes de construction juridique que chaque peuple s'est forgés.

Il y a à la base de tout le droit un même fondement, le fondement romain, inculqué peut-être parfois de façon inconsciente.

Et ce n'est qu'un autre mode de concevoir l'Etat, le groupement des individus, les transformations de politique intérieure et les changements dans l'ordre social de l'humanité, qui font naître les différences entre les législations et la manière de penser et de traduire juridiquement cette pensée.

Du moment qu'un seul fondement du droit est universellement acquis, ces différences dont nous parlons ne sauraient plus constituer une entrave dans le chemin de l'unification.

Les conditions sociales d'aujourd'hui sont presque les mêmes partout. Si ces conditions sont les mêmes partout, certains changements susceptibles de se produire par rapport à une de ces conditions dans un Etat donné, seraient applicables — *ipso facto* — à cette condition sociale dans tous les Etats liés par une législation unique.

Une législation unique aura le grand avantage d'exercer une influence puissante sur ces conditions sociales.

On peut dès lors dire à juste titre, avec M. Peritch (1), que des conditions sociales semblables nivellent plus ou moins les conditions morales entre les peuples, ce qui cons-

(1) Peritch Ivoïn, *Influence de l'unité de la législation civile sur le développement de la solidarité parmi les hommes*, mémoire présenté à Rome en 1904 au premier Congrès de la fédération européenne.

titue un effet bienfaisant pour le développement de l'esprit de solidarité.

L'uniformité de législations civiles, régissant des peuples indépendants, augmentera automatiquement la solidarité entre eux par la diminution des différences morales qui les séparent.

Et c'est uniquement dans ce sentiment de solidarité entre les peuples que gît leur force et leur stabilité.

Mais il y a encore une question qui n'est point négligeable. Il y a en droit certaines idées, certains principes qui paraissent fondamentaux.

Ce sont les idées de sécurité dans le commerce juridique, de simplicité, de précision et de clarté.

Le besoin de clarté, de simplicité, dit très justement M. Demogue, répond à un des besoins de notre esprit, peut-être à son insuffisance.

« L'unification internationale du droit apparaît comme se rattachant à l'idée de sécurité qui est un des ressorts particulièrement importants de la vie juridique.

C'est donner sécurité à une personne que de faire que son droit soit réglé de la même façon qu'on l'apprécie d'après les lois de son pays ou d'après celles d'un pays étranger. C'est en même temps l'encourager à agir, car on agit plus volontiers lorsque l'on sait que les droits que l'on acquiert conduiront à des résultats plus certains (1). »

C'est l'amalgame de toutes ces nécessités, c'est surtout l'idée de sécurité entre les relations journalières qui lient les individus les uns aux autres, idée corroborée de toutes

(1) Demogue R., *L'unification internationale du droit privé*, cycle de leçons faites à la Faculté de Droit de l'Université de Buenos-Aires, Paris, 1927.

les autres notions abstraites dont nous venons de parler, qui a fait naître les codifications.

Et si on pense que dans les circonstances actuelles, avec le mouvement toujours plus considérable des relations internationales et le développement sans cesse grandissant de la loi de solidarité sociale, aucun pays ou presque ne saurait se suffire à lui-même, si on pense que pour vivre et progresser on a besoin du concours des autres dans tous les domaines, et que par conséquent on doit transgresser les délimitations politiques et économiques, et, abandonnant un monde fictif, pénétrer dans le grand univers social et civilisé, là encore ces idées de clarté, de simplicité, de précision et de sécurité ne pourraient se manifester qu'avec une acuité plus puissante dans le commerce international des individus constituant la collectivité humaine.

Et alors, le droit unifié d'abord dans certaines de ses parties, peut-être les plus pratiques et dès lors les plus complexes, — car donnant lieu aux conflits les plus aigus, — ne saura constituer qu'un humble acheminement vers l'unification générale du droit qui, elle, représentera un des aspects les plus importants des quatre principes conducteurs que nous mettons en relief.

L'unification du droit fera neutraliser en quelque sorte sur le terrain pratique quelques-unes des conséquences désastreuses des délimitations territoriales, de cette œuvre néfaste due à l'imagination de quelques politiciens.

Cette unification, grâce à laquelle une même règle de droit, même si les sanctions étaient différentes, serait applicable, sur un point donné ou sur presque la totalité des matières juridiques, à un ensemble de pays — voire même à tous les Etats constituant une même commu-

nauté — cette unification a l'immense avantage que M. Demogue a, par ailleurs, mis en lumière :

Grâce à elle, on pourra étudier chaque problème beaucoup plus librement, dégagé de toute considération déplacée et dans un esprit libéré de toute coercition, car les éléments du problème, le côté judiciaire comme les données sociales qu'il revêt, ainsi que la décision juridique qu'il va faire mettre, seront partout les mêmes, tous les Etats entre lesquels l'unification du droit est établie constituant un seul territoire, un territoire un et indivisible quant aux questions de droit.

Dès lors, si les avantages d'une unification législative sont tellement nombreux, si, sous l'égide d'une même législation, les quelques éléments dont nous avons parlé se trouvent tellement à leur aise dans le vaste domaine du droit, si enfin, — chose importante au premier chef — l'unité de législation conduit lentement mais nécessairement vers l'unité d'âme et fait apparaître sous une lueur toujours plus éclatante la puissance de cette « âme collective, unissant toutes les races, tous les peuples, et nous faisant comprendre que malgré nos divergences, au fond, nous formions tous un bloc indivisible » (1), si toutes ces raisons constituent autant d'arguments péremptoires en faveur de l'œuvre d'unification législative, tâchons de guider au mieux notre travail pour atteindre ce résultat idéal qui dominera la réalité d'aujourd'hui.

Mais comment s'y prendre ? Quel est le système qu'il faut suivre ?

(1) Titulesco Nicolas, Discours prononcé le 4 octobre 1931 pour la clôture de la XI^e Assemblée de la Société des Nations.

Nous croyons que c'est uniquement en poursuivant la ligne tracée par M. Demogue qu'on approchera le plus rapidement le but visé.

En effet, les idées de M. Demogue sont doublement importantes :

d'abord parce que le problème auquel elles se réfèrent présente de l'intérêt non pas seulement pour les juristes, mais, comme nous l'avons déjà montré, pour tous les hommes d'affaires, pour lesquels la variété des lois des différents pays crée des difficultés considérables ;

en second lieu, ces idées sont importantes vu l'autorité dont jouit le grand jurisconsulte français.

Grâce à son esprit de méthode, à la précision de sa pensée et à la prudence dont il a fait montre, on a pu dire à juste titre que M. Demogue est un des « meilleurs ouvriers du travail actuellement sur le chantier de l'unification des législations française et italienne des obligations et des contrats » (1).

Par ailleurs, il nous semble que le système que M. Demogue préconise est le seul raisonnable, car le plus à même de satisfaire à la solution du problème envisagé.

Dans une première étape dans la voie de l'unification, il faudrait résoudre la question de l'unification intérieure dans les pays à législations multiples ; avant l'unification internationale il faut se préoccuper de l'unification interne.

En effet, et M. Demogue l'a signalé dans son ouvrage sur l'unification internationale du droit privé (2), avant

(1) Rouast A., *A propos de l'unification internationale du droit privé*, dans la *Revue trimestrielle de droit civil* de 1928, p. 377.

(2) Demogue, *L'Unification internationale du droit privé*, p. 16.

les relations extérieures qu'un Etat entretient et développe avec les autres Etats, il y a des relations économiques qui tendent à se développer entre les différentes régions, entre les diverses provinces de ce pays.

Ceci est tout à fait naturel, car il est beaucoup plus facile de faire jouer l'autorité du rouage administratif national à l'intérieur même du pays que dans les rapports de ce pays avec d'autres.

Les différentes provinces d'un Etat relèvent d'une même autorité nationale, d'une seule souveraineté qui peut imposer une seule loi pour tout le territoire.

Par contre, les relations internationales se heurtent à des difficultés inconnues des relations inter-provinciales.

L'unification internationale ne peut forcément devenir une réalité que lorsque le problème de l'unification nationale aura trouvé une solution équitable dans presque tous les pays, et surtout à l'intérieur de ces pays de civilisation analogue entre lesquels il s'agit de faciliter le commerce juridique en unifiant le droit.

C'est bien pourquoi ce problème d'unification internationale est encore d'actualité ; il n'a pas pu apparaître avec toute son intensité et on a dû se contenter simplement de quelques ébauches le long du dernier siècle, quand la législation de la grande majorité des pays était caractérisée surtout par une infinie diversité ou variété.

Ce n'est que relativement tard qu'on a commencé à réfléchir aux nécessités qu'il y a d'unifier le droit à l'intérieur d'un même pays, d'avoir une seule loi et en même temps de donner une seule possibilité au juge de trancher le conflit sur un territoire composé de plusieurs provinces.

C'est ainsi que l'unification interne du droit civil ne s'est réalisée qu'en 1804 en France, en 1867 en Italie, en

1883 en Suisse, en 1912 en Allemagne et — avec beaucoup de dérogations — en 1889 en Espagne (1).

Dans une seconde étape de l'unification, il faut, selon M. Demogue, commencer le travail d'unification en se plaçant sur un terrain plutôt restreint, étroit.

Il faut tâcher d'établir d'abord un droit commun entre les législations semblables ; c'est uniquement de telle manière qu'on peut faire œuvre pratiquement utile.

Naturellement, au point de vue scientifique, c'est surtout entre les législations dont les divergences sont le plus marquées qu'il serait intéressant de trouver une base commune et de pouvoir ainsi établir une unité du droit ; seulement, il faut savoir abandonner le terrain purement théorique et se placer sur celui des nécessités journalières.

C'est pourquoi M. Demogue estime qu'il faudrait rapprocher d'abord les législations ayant subi une puissante influence romaine et aussi une importante influence de la codification napoléonienne (2).

« Il ne faut pas tenter d'unifier le droit de tous les pays civilisés, mais de ceux qui, voisins par leurs origines, leurs conditions économiques et sociales, se prêtent mieux à accepter une législation unique. Mais il ne faut pas faire des groupes de façon trop *a priori* et, suivant les matières, l'unité peut se réaliser sur un terrain plus large (3). »

Enfin, en troisième lieu, l'unification doit commencer sur une petite échelle.

L'unité très large du droit doit nécessairement se heurter à des difficultés.

La plus grave entre toutes est celle due au fait qu'il

(1) Demogue, *op. cit.*, p. 16.

(2) Demogue, *op. cit.*, p. 18.

(3) Demogue, *op. cit.*, p. 121-122.

subsiste surtout des pays dont la civilisation a atteint un même degré en ce qui concerne le développement, la grandeur, mais dont le fond même de cette civilisation très avancée est profondément différent.

L'unification du droit doit être placée sur un terrain réduit parce que, selon M. Demogue, là même où elle est réalisable avec une facilité relativement grande, elle exige déjà tellement de bonne volonté et de travail qu'il est plutôt prudent de se placer au commencement sur ce terrain.

C'est pourquoi, envisageant le problème de l'unification du droit sous le double aspect des possibilités et de l'utilité, M. Demogue arrive à cette conclusion que l'unification est réalisable, — surtout dans certains domaines spéciaux — qu'elle doit apparaître surtout dans ce qu'on appelle le droit des affaires (1), qu'elle est indispensable pour faciliter les relations courantes.

Enfin, estime M. Demogue, même dans une partie importante du droit comme la matière des obligations, dans cette partie qui porte le plus franchement l'empreinte de l'internationalisme (2), l'unité ne s'impose pas au même degré pour toutes les institutions constituant le droit des obligations.

Dans cette partie du droit, « l'unité est particulièrement à désirer pour presque tous les contrats ou même pour les quasi-contrats et les actes illicites où les divers intéressés peuvent se trouver dans des pays différents ».

Par cette façon de concevoir les choses, M. Demogue

(1) Demogue, *op. cit.*, p. 124 ; Larnaude, *Rapport sur le projet de Code franco-italien*.

(2) Lambert Ed., *La fonction du droit civil comparé*, t. I, *Les conceptions étroites et unilatérales*, p. 2, Paris, 1903.

n'est point en retard sur la voie de l'évolution progressive.

Nous estimons, en effet, qu'il suit la voie sur laquelle on devrait normalement s'engager pour arriver à des solutions plus justes, plus équitables et correspondant davantage au développement social d'aujourd'hui.

Ce n'est en somme que par des petites étapes qu'on peut atteindre cet idéal que la réalité nous permet de forger.

Et M. Demogue le sait très bien, car il ne se lasse pas de répéter par deux fois consécutives cette vérité :

« Restons donc sur un domaine d'unité, tout en laissant d'ailleurs, pour un avenir plus lointain, les portes ouvertes vers des terrains plus vastes. N'anticipons pas sur ce qui sera le problème d'autres siècles. »

Et puis, répondant à la remarque faite par M. Ascoli (1), qui envisageait la possibilité d'une unification presque totale du droit entre la France et l'Italie, à M. Demogue de dire :

« Ici je ne m'éloignerai de cette proposition que par une question de méthode. Il faut, selon moi, réaliser d'abord l'unité là où elle n'est pas trop difficile, comme en matière d'obligations, et après seulement songer à unifier sur d'autres points » (2).

Avec le projet franco-italien sur les obligations et les contrats, nous trouvons successivement les trois phases différentes qui constituent l'acheminement naturel vers l'unification législative.

(1) Ascoli, *Bulletin de la Société de Législation comparée* de 1927, p. 214 et suiv.

(2) Demogue, *op. cit.*, p. 127.

Ces phases, le projet franco-italien les a franchies l'une après l'autre.

La première phase est franchie, parce qu'il essaie de condenser sous un même faisceau un ensemble de règles destinées à subvenir aux mêmes besoins sociaux de deux pays jouissant d'une unité législative interne.

La seconde étape est à son tour franchie parce qu'il s'agit d'un Code unique entre deux pays d'une même origine, d'une même culture et d'une même civilisation.

Enfin, la troisième étape est, elle aussi, atteinte parce que ce projet n'envisage qu'une seule branche du droit, la plus pratique et offrant le plus de ressemblances, car ayant l'éternelle source romaine, le droit des obligations et des contrats.

Et c'est parce que nous trouvons ces mêmes conditions chez d'autres peuples, que nous avons pensé à une extension dudit projet.

Certes, l'unification législative interne n'est pas encore unanimement acquise. Nous en avons parlé dans notre introduction et nous avons montré le grand travail qu'on fournit à l'heure actuelle en Roumanie pour arriver à unir juridiquement ce qu'on a uni politiquement.

Nous espérons que ce travail sera rapidement couronné de succès.

A ce moment là l'introduction du projet franco-italien en Roumanie devra obligatoirement se produire.

Et petit à petit, de pays en pays, faisant le tour du globe latin, le projet franco-italien sur les obligations, unifiant une partie de la législation civile des peuples latins, va leur donner à tous, grands et petits, forts et faibles, les mêmes droits, exactement comme leur solidarité leur forgera les mêmes devoirs.

Il les façonnera chaque jour davantage aux mêmes habitudes, aux mêmes usages, aux mêmes sentiments, et par suite aux mêmes mœurs.

Qu'il s'agisse de la France, de l'Italie ou de la Roumanie, du Brésil, de l'Argentine ou du Chili, il y a et il y aura toujours une compréhension mutuelle des besoins législatifs qui sont les mêmes.

Il y aura toujours un ensemble d'idées générales qui seront mises en œuvre par une pensée juridique commune et qui devront forger une loi suprême et unique de tous les Latins.

Plus les difficultés de l'avenir seront grandes, plus on verra surgir, clair et précis, embrassant tout le cadre des rapports juridiques, l'esprit latin, le seul qui saura fortifier le sentiment de la légalité.

Cet esprit doit triompher plus que jamais aujourd'hui, quand ce sentiment de légalité est conçu par certains pays faisant partie de la communauté des Etats civilisés de façon tellement curieuse qu'elle constitue une véritable antithèse par rapport à ce qui devrait être, une puissante entrave là même où il devait servir de guide, une utopie sans valeur car sans raison.

L'adoption du projet franco-italien, tout au long du territoire latin, sera, comme nous l'avons dit, un levier de plus dans l'unification internationale du droit privé.

Elle facilitera l'évolution du droit qui présente ce caractère général d'humanité dont M. Demogue parle (1), et selon lequel elle s'accomplit d'une manière analogue chez tous les peuples, éloignés dans l'espace et dans les temps.

(1) Demogue, *op. cit.*, p. 130.

Elle mettra enfin en évidence l'élément de liaison qui sert le mieux au rapprochement des peuples et qui gît dans le droit.

L'unification internationale du droit privé fera jaillir cette pensée universelle qu'on trouve dans tous les domaines de la vie et qui doit être aussi fructueuse en droit.

Nous pouvons terminer en reprenant en 1933 les idées éloquentes que Moulin mettait en lumière déjà depuis 1865 :

« L'unité de législation conduirait les nations à une étude perpétuelle des intérêts généraux de l'Europe, et cette étude finirait par créer un corps de doctrine qui se transmettrait de générations en générations en s'enrichissant des lumières de chaque génération et de chaque peuple.

On obtiendrait ainsi un vaste système d'améliorations intérieures et extérieures fondé sur des bases solides, qui défierait toutes les éventualités. La loi deviendrait alors une souveraine immuable devant laquelle s'uniraient et se courberaient tous les peuples qui, éclairés par son flambeau divin, marcheraient vers la réalisation du grand principe de l'unité humaine, dans la paix et dans la liberté (1). »

Pour le moment, il faut exécuter un travail de pénétration réciproque des principales législations ; il faut établir une mutuelle compréhension, un rapprochement quasi complet entre les législations qui se ressemblent.

Si de telles ressemblances existent, et cela ne fait l'objet du moindre doute, ceci prouve qu'il y a des peuples entre lesquels on peut établir des assimilations parfaites.

Une bonne législation ne peut être que celle forgée selon

(1) Moulin Ernest, *Unité de législation civile en Europe*, p. 206, Paris, 1865.

les aptitudes et caractères fondamentaux d'un peuple ; une véritable législation ne fait que traduire pratiquement les mœurs, les idées, le mouvement mental, le développement intellectuel et — de façon générale — le domaine abstrait, impulsif et créateur de la somme des entités auxquelles cette législation doit s'appliquer.

Or, du moment qu'on trouve certains degrés de ressemblance entre plusieurs législations, comme telles envisagées, du moment qu'il existe un état moyen de mœurs et d'intérêts communs à tous les peuples, cela prouve qu'on trouve un fondement moral et social semblable entre les peuples régis par ces législations.

La grande difficulté se trouve dès lors résolue ; car si on arrive à démontrer qu'un même ciment social, un même fondement profondément intime, se trouve être ancré dans l'esprit des peuples et forme le trait d'union indispensable entre les gens constituant le nouvel univers humain, il nous semble — pour notre part — que de là et jusqu'au stade de développement matériel, économique, extrinsèque en quelque sorte, jusqu'au droit commun de tous les peuples, jusqu'à cette loi suprême qui saura acquérir la flexibilité de mouvements lui permettant de s'adapter aux contingences les plus diverses de la vie, le chemin à parcourir est très petit et l'effort à déployer insignifiant.

Vu :

Le Président de la thèse,
R. DEMOGUE

Vu :

Le Doyen de la Faculté,
EDGARD ALLIX.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Paris,
S. CHARLÉTY

APPENDICE

TABLEAU DE LA CONCORDANCE DES ARTICLES DU PROJET
FRANCO-ITALIEN AVEC CEUX DES CODES CIVILS FRANÇAIS
ET ROUMAIN.

La matière des sources extra-contractuelles.

	Le projet franco-italien	Le Code civil français	Le Code civil roumain
Articles :	<u>60</u>	1372	987
	<u>61</u>		
	62	1373	988
	63	1374	989
	64	1375	991
	<u>65</u>		
	66	1235	1092
	67	1376-1377	992-993
	68	1378	994
	<u>69</u>		
	70	1379	995
	71	1380	996
	72	1381	997
	<u>73</u>		
	74	1382-1383	989-999
	75	1310	1162
	<u>76</u>		
	<u>77</u>		
	<u>78</u>		
	79	1384	1000
	80	1384	1000, al. 3
	81	1385	1001
	82	1384, al. 1	1000, al. 1
	83	1386	1002
	<u>84</u>		1003
	<u>85</u>		
	<u>86</u>		

BIBLIOGRAPHIE

- Accarias C.** : *Précis de droit romain*, t. II, 4^e édit. corrigée et augmentée. Paris, 1891.
- Alexandresco D.** : *Principiile dreptului român*, t. III. Bucarest, 1926.
- Alfred Michel** : *De la gestion d'affaires en droit romain et en droit français*. Thèse, Caen, 1883.
- Alvarado Garcia** : *Deben suprimirse los Cuasicontratos como fuente de obligaciones ?* Mélanges, pièce 8.
- Ascoli** : *Relazione sul progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti comune all'Italia ed alla Francia*, dans la *Rivista di diritto civile*, 1928.
- Ascoli** : *Conférence sur l'unité législative entre la France et l'Italie*, prononcée le 17 mars 1927 et parue dans le *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1927.
- Asser C. D.** : *Le Code civil dans les Pays-Bas*, article paru dans le *Livre du Centenaire du Code civil français*, t. II.
- Aubry et Rau** : *Cours de droit civil français*, t. IV et VI; 1^{re} édit., 5^e édit. Revue par Etienne Bartin. Paris, 1920.
Avant-projet du Code civil roumain, t. I. Bucarest, 1932.
- Baudry-Lacantinerie et Barde** : *Précis de droit civil*, t. II; 12^e édit. revue et mise à jour par Pierre Binet. Paris, 1919.
- Belland Joseph-Paul** : *De l'actio-condictio indebiti*. Thèse, Dijon, 1865.
- Bouteron Jacques** : *Comité français pour l'union législative entre les nations amies et alliées*, notice dans le *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1920.

Bufnoir : *La propriété et le contrat*. Paris, 1900.

Cantacuzino B. M. : *Curs de drept civil*, 2^e édit. revue et complétée. Craiova.

Capitant H. : Comité franco-italien pour l'union législative entre les nations amies et alliées, dans la *Revue Darras*, 1917.

— Constitution d'un comité italien et d'un comité français pour réaliser l'union législative entre les nations alliées et amies, dans le *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1918.

— *Un projet de Code international des obligations et des contrats*, article paru dans le *Bulletin de la Société de législation comparée roumaine*. Bucarest, 1930.

— Article sur le traité des obligations de M. Demogue, dans la *Revue trimestrielle de droit civil*, 1925.

Carrez L. : *La gestion d'affaires en droit civil français*. Thèse, Lille, 1911.

Charmont J. : *Enrichissement sans cause; améliorations par un sous-fermier sortant*, article paru dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1911.

Chironi : *Le Code civil et son influence en Italie*, article paru dans le *Livre du Centenaire du Code civil français*, t. II.

Colin et Capitant : *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, 4^e, 5^e et 6^e édit.

Crome Carl : *Les similitudes du Code civil allemand et du Code civil français*, article paru dans le *Livre du Centenaire du Code civil français*, t. II.

Delbosc Paul : *Essai sur la gestion d'affaires*. Thèse, Toulouse, 1899.

Demante et Colmet de Santerre : *Cours analytique de Code civil*, t. V, 2^e édit. Paris, 1883.

Demogue René : *Traité général des obligations*, t. III. Paris, 1923.

— *Les notions fondamentales du droit privé*. Paris, 1911.

- *Classification des sources des obligations*, article paru dans *Scritti giuridici dedicati ed offerti a Giampetro Chironi*.
- *Cours de droit civil*, seconde année de licence. Paris, 1928-1929.
- *L'unification internationale du droit privé*, cycle de leçons faites à la Faculté de Droit de l'Université de Buenos-Aires. Paris, 1927.
- Demolombe** : *Cours de Code Napoléon*, t. XXXI; Obligations, t. VIII. Paris, 1882.
- Dissescou C.G.** : *L'influence du Code civil français en Roumanie*, article paru dans le *Livre du Centenaire du Code civil français*, t. II.
- Domat** : *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t. I. Paris, 1777.
- Demengeat M. et Ch. de Peyronny** : *Du mandat, de la commission et de la gestion d'affaires*, t. II. Paris, 1870.
- Duguit Léon** : *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*. Paris, 1912.
- Duranton** : *Cours de droit français*, t. XIII. Paris, 1831.
- Ernout François** : *De la gestion d'affaires*. Thèse, Caen, 1889.
- Fenet A.** : *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIII; discours de Tarrible.
- Friedrichs Karl** : *Universales Obligationenrecht*. Berlin, 1896.
- Frouin Elisée** : *La notion juridique de gestion d'affaires*. Thèse, Bordeaux, 1909.
- Gabolde Louis** : *De la gestion d'affaires en droit romain et en droit français*. Thèse, Toulouse, 1871.
- Girard P. Fr.** : *Manuel élémentaire de droit romain*, 5^e édit. Paris, 1911, et 7^e édit. Paris, 1924.
- Goraï** : *Influence du Code civil français sur le Japon*, article paru dans *Le Livre du Centenaire du Code civil français*, t. II.
- Gorski Antoine** : *Vers une législation simplifiée*, extrait des *An-*

nales de droit commercial français, étranger et international, 1927, n° 2.

Goublet G. : *La notion du quasi-contrat ; classification rationnelle des sources d'obligations*. Thèse, Paris, 1904.

Guenée L. : *De la capacité de s'obliger dans les quasi contrats*, article paru dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence* de 1887.

Guy Grand Georges : *L'avenir de la démocratie*. Paris, 1928.

Hanssens : *Le Code civil en Belgique*, article paru dans le *Livre du Centenaire du Code civil français*, t. II.

Huet-Labrousse Gustave : *Du paiement indû en droit romain et en droit français*. Thèse, Caen, 1872.

Jitta : *La substance des obligations dans le droit international privé*, 2 vol. La Haye, 1907.

Josserand L. : *Cours de droit civil positif français*, t. II. Paris, 1930.

Klein Peter : *Möglichkeiten eines Weltprivatrechtes*.

Kohler Joseph : *Das Recht als Lebenselement der Völker*. Würzburg, 1887.

— *Le Code civil français dans la théorie et la pratique allemandes*, article paru dans le *Livre du Centenaire du Code civil français*, t. II.

Labbé : Note sous Cassation, 11 juillet 1889, S. 1890.1.97.

Lambert Edouard : *La fonction du droit civil comparé*, t. I : *Les conceptions étroites et unilatérales*. Paris, 1903.

Lambert Jules : *De la conditio indebiti ; du paiement de l'indû*. Thèse, Dijon, 1877.

Larnaude F. : *Rapport à M. le Garde des Sceaux, ministre de la Justice, sur l'unification législative entre la France et l'Italie*. Paris, 1929.

— *Le Code civil et la nécessité de sa révision*, article paru dans le *Livre du Centenaire du Code civil français*, t. II.

- Larombière** : *Théorie et pratique des obligations*, t. VII. Paris, 1885.
- Laurent** : *Principes de droit civil*, t. XX. Paris et Bruxelles, 1878.
- Lauth** Eugène : *De la gestion d'affaires*. Thèse, Strasbourg, 1861.
- Lenoan** : *Du recours du véritable créancier contre celui qui a reçu indûment un paiement à sa place*, dans la *Revue trimestrielle de droit civil* de 1923.
- Lévy-Ullmann** : *Discours sur le Code civil*, paru dans la *Revue internationale de l'enseignement*, 1904.
- Loubers** Henry : *L'action de in rem verso et les théories de la responsabilité civile*, article paru dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1912.
- Maruitte** Maurice : *La notion juridique de gestion d'affaires*. Thèse, Caen, 1930.
- Maynz** : *Cours de droit romain*, t. II. Paris, 1891.
- Morin** Gaston : *La loi et le contrat ; la décadence de leur souveraineté*. Paris, 1927.
- Moulin** Ernest : *Unité de législation civile en Europe*. Paris, 1865.
- Mourlon** et **Demangeat** : *Code civil*, t. II. Paris, 1885.
- Naquet** : Note sur un arrêt de la Cour d'Aix en date du 20 décembre 1888, S. 1890, II, p. 25 et 26.
- Note sous Cassation, 23 novembre 1908, S. 1910.1.425.
- Note sous Cassation, 20 décembre 1910, S. 1912, I, p. 305-307.
- Negrea** C. : *Dreptul civil al tinuturilor ardelene si ungurene in comparatiune cu dreptul civil român*, t. III. Cluj, 1923.
- Otetelisanu** Alex : *Studiu critic asupra præctulni de lege intitulat Codul Obligatiunilor si contractelor*. Bucuresti, 1931.
- Pacchioni** G. : *Tratato della gestione degli affari*. Milano, 1915.
- Peritch** Ivoïn : *Influence de l'unité de législation civile sur le*

développement de la solidarité parmi les hommes. Mémoire présenté à Rome en 1904 au premier Congrès de la Fédération européenne.

Petit E. : *Traité élémentaire de droit romain*, 7^e édit. revue et augmentée. Paris, 1931.

Picard Maurice : *La gestion d'affaires dans la jurisprudence contemporaine*, dans la *Revue trimestrielle de droit civil* de 1921-1922.

Pierrefeu (de) R. : *De la gestion d'affaires*. Thèse, Toulouse, 1877.

Planiol M. : *Traité élémentaire de droit civil*, t. II.

— *Classification des sources des obligations*, dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence* de 1904.

— *Inutilité d'une révision générale du Code civil*, article paru dans le *Livre du Code civil français*, t. II.

— Note sous Cassation, 16 juillet 1890, D. 1891.1.49.

— Note sous Cassation, 20 décembre 1910, D. 1911.1.377.

Planiol et Ripert : *Traité pratique de droit civil français*, t. VII. Paris, 1931.

Plastara Georges : *Curs de drept civil român*, t. IV.

Poggi Pierre-François : *Du paiement indû en droit romain et en droit français*. Thèse, Toulouse, 1875.

Poisnel Charles : *De la gestion d'affaires et de l'actio de in rem verso*. Thèse, Caen, 1872.

Poltzer Vasile : *L'enrichissement sans cause*. Thèse, Paris, 1912.

Possa : *Etude de la jurisprudence et développement de la théorie de l'enrichissement sans cause*. Thèse, Paris, 1916.

Projet de Code des Obligations et des contrats. Rome, 1928.

Rapport sur le projet d'un Code des obligations et contrats commun à la France et à l'Italie.

Raoul de la Grasserie : *Les principes sociologiques du droit civil*. Paris, 1906.

— *Synthèse de l'évolution du droit dans la législation et la jurisprudence*, dans la *Revue internationale de Sociologie* de 1906.

Ripert G. : *La règle morale dans les obligations civiles*.

Ripert et Teisseire : *Essai d'une théorie générale de l'enrichissement sans cause en droit civil français*, dans la *Revue trimestrielle de droit civil* de 1904.

Rouast A. : *A propos de l'unification internationale du droit privé*, dans la *Revue trimestrielle de droit civil* de 1928.

— *L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile*, dans la *Revue trimestrielle de droit civil* de 1922.

Saleilles R. : *Le Code civil et la méthode historique*, article paru dans le *Livre du Centenaire du Code civil français*, t. I.

Savigny : *Le droit des obligations*, t. II. Paris, 1863.

Scialoja Vittorio : *L'entente juridique entre la France et l'Italie*, discours prononcé à la Sorbonne le 19 avril 1918 pour l'Union intellectuelle franco-italienne et paru dans la *Revue internationale de l'enseignement* de 1918.

Siegwart Alfredo : *Gestione di affari senza mandato, Pagamento d'indebito ed Arricchimento senza-causa nel Progetto italo-francese di un Codice delle obbligazioni*, dans *Saggi-critici sul progetto italo francese di Codice unico delle Obbligazioni dei Contratti*.

Stern Jacques : *Der Universalgedanke im Recht*. Berlin, 1926.

Titulesco Nicolas : *Essai sur une théorie générale des droits éventuels*. Thèse, Paris, 1907.

— *Discours de clôture de la XI^e Assemblée de la Société des Nations* — prononcé le 4 octobre 1930, et paru dans les *Actes de la onzième session ordinaire de l'Assemblée*.

Toullier : *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, t. XI. Paris, 1830.

Troplong : *Droit civil expliqué : Du mandat*.

Turgeon Joseph-Paul : *De la gestion d'affaires*. Thèse, Caen, 1882.

Vasilescu P. : *Unificarea legislativă*, comunicare făcută la Institutul social român, secția juridică în ședința din 15 Aprilie 1925.

Viforeanu C. Pierre : *Contribution à l'étude du contrat dans le projet franco-italien et en droit comparé*. Thèse, Paris, 1932.

Vizioz Henri : *La notion de quasi-contrat*. Thèse, Bordeaux, 1912.

Zitelmann Ernst : *Die Möglichkeit eines Weltrechtes*.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

Utilité de l'introduction du projet franco-italien de Code des obligations et des contrats en Roumanie	9
Difficulté de la tâche :	10
<i>a)</i> Diversité de législations subsistant en Roumanie ;	
<i>b)</i> Etendue du sujet.	
Différentes méthodes pour étudier le sujet envisagé :	
<i>a)</i> Méthode consistant dans un examen détaillé de chaque institution composant le droit des obligations ; rejet.	
<i>b)</i> Méthode consistant dans un examen des points essentiels de chaque institution envisagée ; rejet.	
<i>c)</i> Double méthode de l'induction premièrement et de la déduction ensuite ; adoption.	
Divers problèmes en rapport avec le droit des obligations	22
Méthodes à suivre pour l'étude des sources extra-contractuelles :	24
<i>a)</i> Le système du comparatiste historien ;	
<i>b)</i> Le système du comparatiste juriste.	
Indication de la conception adoptée	25
Répercussion de l'unification du droit des obligations sur l'ensemble du droit privé	29

DIVISION DES SOURCES EXTRA-CONTRACTUELLES

Les sources extra-contractuelles chez les Romains	32
Ces différentes sources dans les Codes civils français, italien et roumain	37
Critiques apportées par les rédacteurs du projet franco-italien à la classification traditionnelle	39
L'œuvre accomplie par le projet franço-italien ; rejet de l'ancienne classification ; les différentes sources des obligations selon ledit projet	41
Objections adressées au projet franco-italien ; réfutation du système préconisé ; défauts dudit projet ; inadmissibilité des solutions envisagées ; leur rejet..	42
Nécessité de maintenir la classification traditionnelle ; utilité de la compléter	44
Méthodes à suivre pour l'étude des sources des obligations	46
Motifs déterminant un examen approfondi du quasi-contrat ; importance de la question	48

PREMIERE PARTIE

LA THÉORIE DES QUASI-CONTRATS

Le quasi-contrat chez les Romains ; sa définition	51
Conditions d'existence des quasi-contrats et différentes espèces de quasi-contrats	53
La notion de quasi-contrat et la classification des quasi-contrats d'après Toullier	57
Le quasi-contrat dans la doctrine moderne franco-roumaine	59

Considérations critiques des systèmes de

MM. : Aubry et Rau	59
Colin et Capitant	61
Baudry-Lacantinerie et Barde	63
Planiol	64
Josserand	69
Goublet	71
Vizioz	72
Demogue	73
Cantacuzino	88
Alexandresco	91
Plastara	92
Negrea	98
Critiques du projet franco-italien sur cette matière..	99
Objections aux théories de MM. Demogue, Vizioz, Carrez et Bufnoir	102
Nécessité du maintien du quasi-contrat	107
Notion et développement de l'idée du quasi-contrat so- cial	109

SECTION I

LA GESTION D'AFFAIRES ET L'ENRICHISSEMENT SANS CAUSE

Motifs déterminant l'étude concomittante de la gestion d'affaires et de l'enrichissement sans cause	115
L'œuvre du projet franco-italien sur ce problème	116
Etude du quasi-contrat type dans le droit romain ; élé- ments constitutifs de la gestion d'affaires ; idées de base de cette institution ; l'utilité sociale, l'équité na- turelle	119

Principes concernant la gestion d'affaires et se dégageant au cours des xix ^e et xx ^e siècles	133
Règles posées par le Code civil français ; changements apportés par le projet franco-italien	133
Critique de l'article 1372 du Code civil français ; discussions concernant le mot volontaire de la formule employée par le Code civil	135
Système de Pacchioni	144
Modification apportées par le projet	144
Supériorité de la formule de l'article 61 dudit projet..	145
Son insuffisance	147
L'élément intentionnel dans les projet franco-italien ; sa consécration indirecte	147
Aperçu de doctrine et de jurisprudence sur la nécessité de l'élément intentionnel ; opinions de Duranton, Laurent, Demolombe, Demante et Colmet de Santerre, Larombière, Ripert et Teisseire, Goublet, Aubry et Rau	149
Conception de M. Capitant ; réfutation de la théorie de M. Capitant	159
Opinions de M. Josserand et de MM. Plamioi et Ripert	164
Théorie de M. Demogue	166
Rapprochement du système préconisé par M. Demogue ; rejet total de l'élément intentionnel	169
Rôle que la gestion d'affaires est appelée à jouer ; sa profonde ressemblance avec l'enrichissement sans cause	170
Son importance en tant que moyen de recours ; opinion de M. Picard ; impossibilité d'une distinction entre la gestion d'affaires et l'enrichissement sans cause	172

SECTION II

LE PAIEMENT DE L'INDU

Le paiement de l'indû et l'action en répétition, simples variantes de la théorie de l'enrichissement sans cause et de l'action de in rem verso	177
Apparition de la <i>condictio indebiti</i> à Rome	180
Les conditions du paiement de l'indû en droit romain : le paiement ; l' <i>indebitum</i> ; l'erreur	184
Distinction entre l'erreur de droit et l'erreur de fait....	186
Qui peut agir en répétition ; contre qui l'action peut-elle être exercée	186
Distinction entre la bonne foi et la mauvaise foi de l' <i>accipiens</i>	187
Le paiement de l'indû en droit moderne	188
Conditions d'exercice de l'action :	190
Le paiement	190
L'absence de dette	191
L'erreur	193
Controverses quant à la nécessité de l'erreur	194
Conception de M. Demogue	196
Système de MM. Colin et Capitant	197
Adoption du système préconisé par M. Demogue	200
Montant des restitutions et différences suivant la bonne ou mauvaise foi de l' <i>accipiens</i>	201
Qui peut agir en répétition ; contre qui l'action peut-elle être exercée	203
Le paiement de l'indû dans la doctrine roumaine ; opinions de MM. Cantacuzino, Alexandresco et Plătaru	204
Modifications apportées aux Codes civils français et italien par le projet franco-italien sur les obligations	208

Changements de forme apportés à l'article 1376 du Code civil français ; le problème de l'obligation naturelle ; fusion des articles 1376 et 1377 du Code civil français dans un seul article	210
La condition de l'erreur dans le projet franco-italien..	212
Etude dudit système ; son rejet ; les changements qu'on devrait opérer	212

DEUXIEME PARTIE

ESQUISSE D'UNE NOUVELLE CONCEPTION

DE LA GESTION D'AFFAIRES ET DE L'ENRICHISSEMENT SANS CAUSE

Impossibilité d'établir un critérium de distinction entre la gestion d'affaires et l'enrichissement sans cause	218
Développement de l'idée suivant laquelle on doit prendre en considération uniquement le fait de la gestion ; nécessité de compléter les décisions des Codes en vigueur et de trouver une formule légale aux différentes données de l'équité naturelle lorsque leur existence ne peut être contestée	220
Esquisse d'une formule correspondant au but visé ; son explication	224
Caractère bilatéral des obligations naissant de l'enrichissement sans cause	225
Similitude entre les obligations de l'appauvri et celles du negotiorum gestor ; confusion de fait entre la gestion d'affaires et l'enrichissement sans-cause	226
Recherche des éléments semblables aboutissant à la suppression de la gestion d'affaires et à l'élargissement de la notion d'enrichissement sans cause	232

Identité de la source des deux obligations naissant de la gestion d'affaires et de l'enrichissement sans cause	232
Examen critique du fondement juridique de l'enrichissement sans cause ; théories de MM. Planiol, Ripert, Ripert et Teisseire, Loubers, Demogue ; critique de ces différentes conceptions ; rapprochement de la théorie de M. Demogue ; l'équité considérée comme fondement unique et puissant de la gestion d'affaires et de l'enrichissement sans cause ; possibilité de leur fusion grâce à leurs similitudes	243
La gestion des intérêts moraux	283
Critique du système actuel de fonctionnement de l'action de in rem verso	290
Différents modes pour le calcul de l'appauvrissement ; sort de l'enrichissement dépassant le montant de l'appauvrissement ; critique de ces systèmes ; leur rejet	291
Nouvelle réglementation de l'actio de in rem verso lato-sensu	293
Nécessité de l'extension du pouvoir du magistrat lorsqu'il s'agit de rendre des jugements dans des matières juridiques autant que sociales	295
Discrimination entre l'intérêt personnel et l'intérêt collectif	303

CONCLUSION

I. — Aperçu général sur les problèmes étudiés	327
II. — Avantages du projet franco-italien sur les obligations et les contrats au point de vue de l'unification internationale du droit privé ; similitude de la matière des obligations dans tous les pays ; possibilité d'une unification générale du droit privé ; méthodes à suivre	344

